Nicht f. d. Austausch

Die Einwirkung der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung auf die grundsätzliche Neugestaltung des Arbeitsvertrages

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

einer

Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät

der

Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin

vorgelegt von

Herbert Wagner

Regierungsreferendar aus Lübeck

Tag der Promotion: 5. Juni 1935

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Mai 1935

1936

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

332

Referent:
Professor Dr. Dersch.

Korreferent:
Professor Dr. Titze.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die vorliegende Arbeit ist als selbständiges Buch
im Verlag Konrad Triltsch, Würzburg
erschienen.

Meinen Eltern.

Gliederung.

Seite

Einführung 1

1. Teil: Überblick über die Entwicklung des Einzelarbeitsvertrages bis zum Erlaß des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit 3

I. Begriff und Wesen des Arbeitsvertrages 4
1. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag 7
2. Arten und Abgrenzung des Arbeitsvertrags 12
3. Die Personen des Arbeitsvertrages 14

II. Die geschichtliche Entwicklung bis zum Erlaß des BGB 17
1. Die Entwicklung im römischen Recht 18
2. Die Entwicklung im alten deutschen Recht 19
3. Die Wirkung der Rezeption und die Entwicklung im gemeinen Recht 23
4. Die Bedeutung der Sonderrechte 25

III. Das Recht und die Rechtsfigur des Einzelarbeitsververtrages im vornationalsozialistischen Recht 26
1. Die Regelung des Arbeitsvertrages nach den Bestimmungen des BGB 27
2. Die arbeitsrechtlich-sozialrechtlichen Lehrmeinungen 30
3. Der Entwurf einer Erneuerung des Arbeitsvertrages 32

2. Teil: Erfordernisse für die Einordnung des Einzelarbeitsvertrages in das durch das AOG geschaffene System des neuen Arbeitsrechts 33

I. Sinn und Zweck des AOG und seine Bedeutung für die Neugestaltung des Arbeitslebens 33
1. Das AOG als Ausdruck einer Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung 36
2. Die Grundzüge der neuen Arbeitsverfassung . . 38
a) Die Betriebsgemeinschaft und ihre Auswirkungen auf das Einzelarbeitsvertragsrecht 44
b) Der Führergrundsatz des AOG 49
c) Die Begriffe der Treue und der sozialen Ehre und ihre Auswirkungen auf das Einzelarbeitsvertragsrecht 53

II. Die einzelnen Theorien über die Neugestaltung des Einzelarbeitsvertragsrechts 55
1. Erübrigt sich der Einzelarbeitsvertrag als besondere Rechtsfigur in der Arbeitsordnung des AOG? . . . 55
a) Die grundsätzliche Verneinung einer besonderen Rechtsfigur neben dem Führer-Gefolgschaftsverhältnis 56
b) Familienrechtliche und sonstige personenrechtliche Treueverhältnisse 59

2. Ist eine Einordnung des Einzelarbeitsverhältnisses in das neue Rechtssystem des AOG in der Form eines Arbeitsvertrages des Schuldrechts möglich? . . . 69
a) Schuldrechtliche Vertragsform in Anlehnung an die Formen des BGB 69
b) Vertragsform mit Vorrang des personenrechtlichen Treueelements 74

III. Die Gestaltung des Arbeitsvertrages aus seinem Wesen und seiner Bedeutung im Arbeitsleben des Volkes . . 81
1. Die Erfordernisse der rechtlichen Grundlagen der allgemeinen Arbeitsbedingungen 84
2. Über die Wandlungen der allgemeinen Rechtsformen und Rechtsanschauungen in bezug auf die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages 86
3. Ergebnis: Der Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag eigener Art 91
4. Die Bedeutung des Beschäftigungsverhältnisses . . 98

3. Teil: Der Arbeitsvertrag in seiner grundsätzlichen Neuordnung . 102

A. Das System des neuen Arbeitsvertrages und seine Eingliederung in die Ordnung des AOG 102
I. Die Stellung des Arbeitsvertrages zum Führer-Gefolgsmann-Verhältnis (Gemeinschaftsverhältnis) . . . 104
II. Das Verhältnis der schuldrechtlichen Elemente des Arbeitsvertrages zu den personenrechtlichen (ethisch-sittlichen und soziologischen) Elementen 106

B. Der Abschluß des Arbeitsvertrages 110
I. Die Form des Abschlusses 111
II. Personen und persönliche Eigenschaften der Vertragschließenden . . . . . , 114

C. Der Inhalt des Vertrages 119
I. Gestaltung des Inhalts durch Betriebsordnung und Tarifordnung und der Einfluß der Treuhänderrichtlinien . 120
II. Die einzelnen Pflichten des Beschäftigten 122
1. Beherrschender ethischer Grundsatz: die Treuepflicht 122
2. Die Arbeitspflicht 124
a) Inhalt der Arbeitspflicht 126
b) Ort und Zeit der Arbeitsleistung 128
3. Der Einfluß von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB auf die Bewirkung der Leistungen des Beschäftigten 130
4. Die weiteren Pflichten aus dem Arbeitsvertrag . . 131
a) Die Gehorsamspflicht 131
b) Sonstige Nebenpflichten des Beschäftigten . . . 132
5. Verletzung der Arbeitspflicht 133

IV. Die Pflichten des Unternehmers 134
1. Beherrschender Grundsatz: Treue- und Fürsorgepflicht 134
a) Die Treuepflicht insbesondere 135
b) Die Fürsorgepflicht insbesondere 137
2. Die schuldrechtliche Entgeltspflicht 139
a) Lohnhöhe (Inhalt der Lohnzahlungspflicht) . . . 139
b) Zeit- und Akkordlohn 143
c) Das Leistungsprinzip 144

d) Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse aus dem Grundsatz von Treu und Glauben . 146
e) Lohnminderung 149
aa) Nichtleistung der Arbeit 149
bb) Mangelhafte Leistung 154
cc) Die Verteilung des Betriebsrisikos 156
3. Die Nebenpflichten des Unternehmers 167
a) Die Beschäftigungspflicht 167
b) Die Frage der Urlaubsgewährung 168
V. Die Frage des Rechtes am Arbeitsergebnis 170
D. Die Beendigung des Arbeitsvertrages 172
I. Allgemeines 172
II. Das Erlöschen des Arbeitsvertrages 174
III. Vertragliche Beendigung 177
IV. Einseitige Auflösung (Kündigung) 178
1. Die ordentliche Kündigung 178
2. Die außerordentliche Kündigung 185
3. Besondere Kündigungsbeschränkungen 188
V. Der Einfluß des ehrengerichtlichen Spruches 189
VI. Nachwirkungen 190
Literaturverzeichnis 192
Zeitschriften und Kürzungen dieser 196
Allgemeine Kürzungen 197

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544312_0064

Einführung.

Mit der Machtübernahme des Staates durch die nationalsozialistische Bewegung ist eine grundlegende Erneuerung aller Lebensgebiete des deutschen Volkes eingeleitet worden, die sich nicht zuletzt in einer völligen Erneuerung des deutschen Rechts auswirkt. Gerade auf dem Gebiete des Rechts hat der Liberalismus des vergangenen Zeitalters und die materialistische Weltanschauung größten Einfluß gewinnen können, sodaß das Recht — kaum noch verbunden mit den natürlichen Lebensgrundlagen des Volkes, kaum noch entsprechend den an die Rechtsordnung eines Volkes zu stellenden Anforderungen — immer mehr volksfremd geworden war und so ein Eigenleben führte. Das galt vor allem für das Recht der Wirtschaft und der Arbeit — die Wirtschaft und das Wirtschaftsleben waren ja die ureigensten Wirkungsgebiete des Liberalismus!

So ist es nicht verwunderlich, daß der nationale Sozialismus mit zuerst an die Neugestaltung dieser Rechtsgebiete heranging. Er hatte sich als vordringliche Aufgabe die Schaffung einer Gemeinschaft des ganzen Volkes gesetzt; als deren Voraussetzung aber war die Zurückführung des deutschen Arbeiters zu seinem Volk, seine Eingliederung in die Gemeinschaft des Volkes anzusehen. Zu diesem Zwecke und unter diesem Gesichtspunkte mußte eine grundlegende Neugestaltung des deutschen Arbeits- und Wirtschaftslebens in Angriff genommen werden. Sie hatte auszugehen von dem obersten Grundsatz der nationalsozialistischen Weltanschauung auf diesem Gebiete, von dem Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit. Nur durch die Verwirklichung dieser sozialen Gerechtigkeit konnte der marxistische Klassenkampfgedanke beseitigt und das Arbeitsleben auf der Grundlage einer Gemeinschaft und Gemeinsamkeit aller deutschen Arbeitsmenschen neu aufgebaut werden.

So ist das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 entstanden. In ihm findet die nationalsozialistische Weltanschauung ihren beredesten Ausdruck. Es ist das Gesetz des nationalen Sozialismus! Als Grundgesetz des deutschen Arbeitslebens konnte es zwar nicht das große Gebiet des Arbeitsrechts bis in die kleinsten Einzelheiten hinein erschöpfend regeln [1]). Es wollte vielmehr nur die grundsätzliche Ordnung des Arbeitslebens,

[1]) Weitere Spezialgesetze werden mit der Zeit folgen, vgl. hierüber: Dersch, Werdendes Arbeitsrecht, zugleich ein Tätigkeitsbericht über das Wirken des Arbeitsrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht in Zeitschr. der Akad. f. d. Recht, 1935, S. 368 ff.; und ders. in D.A.R. 1935, S. 187 ff.

die Grundgedanken des neuen Arbeitsrechts geben. Soweit es daher die einzelnen Gebiete des Arbeitsrechts nicht ausdrücklich neu geregelt hat, andererseits auch nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt hat, stellt es die Neugestaltung dieser Gebiete — es handelt sich vor allem um weite Gebiete des materiellen Arbeitsrechts — auf die in ihm gegebenen Grundsätze und Richtlinien ab, bedingt es eine Ausrichtung des gesamten Arbeitsrechts nach den Erfordernissen der Sozial- und Arbeitsordnung des neuen Staates. —

Somit ist also die Aufgabe gegeben, die Gebiete des Arbeitsrechts, die das AOG nicht ausdrücklich selbst geregelt hat oder deren Bestimmungen es nicht ausdrücklich außer Kraft gesetzt hat, daraufhin zu untersuchen, ob und in welcher Weise sie auf Grund der Bestimmungen des AOG und der in ihm zum Ausdruck gekommenen neuen Sozialgesinnung umzugestalten und zu erneuern sind. Eines der wichtigsten Gebiete des Arbeitsrechts, das bisher eine gesetzliche Neuregelung noch nicht erfahren hat, ist das des Einzelarbeitsvertragsrechts. Seine Neugestaltung soll hier erörtert werden. —

Da das Einzelarbeitsvertragsrecht eine allgemeine, ausdrückliche gesetzliche Regelung im früheren Recht nicht erfahren hat, ist es in Wissenschaft und Praxis eines der umstrittensten Gebiete geworden. Um nun festzustellen, wie dieses Rechtsgebiet auf Grund der nationalsozialistischen Grundgedanken neu zu gestalten ist, soll zuerst ein Überblick über die Rechtslage vor Erlaß des AOG gegeben werden, vor allem damit die Erfordernisse für die Erneuerung und die Einordnung in das durch das AOG geschaffene System des heutigen Arbeitsrechts und der heutigen Arbeitsordnung überhaupt klar aufgezeigt werden können. In diesem Zusammenhang ist auf die Bedeutung der einzelnen Grundzüge und der wesentlichsten Bestimmungen des AOG einzugehen, die für die Erneuerung des Einzelarbeitsvertragsrechts in Betracht kommen. Es ist weiter das Wesen und die Bedeutung des Einzelarbeitsvertrages in der neuen Arbeitsordnung zu prüfen, und schließlich soll daraufhin eine Erörterung der grundsätzlichen Auswirkungen dieser Neugestaltung auf seinen Inhalt und seine einzelnen Bestandteile vorgenommen werden. —

1. Teil:

Überblick über die Entwicklung des Einzelarbeitsvertrages bis zum Erlaß des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit.

Um die Folgerungen aus der durch das AOG verwirklichten Erneuerung der Grundlagen der Arbeitsverfassung für das Einzelarbeitsvertragsrecht ziehen zu können, muß zuerst dargelegt werden, wie das Recht des Einzelarbeitsvertrages vor Erlaß des AOG gestaltet war. Die Rechtslage ist hier besonders dadurch unklar, weil im bisherigen Recht allgemeine gesetzliche Regelungen — speziell für den Arbeitsvertrag — nicht vorhanden waren. Zwar waren in mehreren Gesetzen Bestimmungen spezieller Art für besondere Arten des Arbeitsvertrags gegeben [1]), aber allgemeine grundlegende Bestimmungen für alle diese Arbeitsvertragsarten — d. h. für den Arbeitsvertrag schlechthin — hat es nicht gegeben. Denn die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag, die allgemeiner Art sind, waren ja nicht unmittelbar auf den abhängigen Arbeitsvertrag als solchen zugeschnitten. Der Arbeitsvertrag wurde vielmehr in Ermangelung eines eigenen Arbeitsvertragsgesetzes — und wird de lege lata auch von der h. M. heute noch — als Unterart des Dienstvertrages angesehen [2]). Das Wesen und die Bedeutung des Arbeitsvertrages sowie seine Gestaltung im einzelnen ist aber, dieser Rechtslage entsprechend, zu allen Zeiten in Wissenschaft und Praxis umstritten gewesen. Römische Rechtsauffassung stand hier gegen deutsche, liberalistisch-materialistische gegen neuere ethisch-soziologische Betrachtungsweise. Die Entwicklung des Arbeitsvertragsrechts ist daher sehr unorganisch vor sich gegangen. Gerade aber darum ist es erforderlich, diese Entwicklung und die sie bewirkenden Kräfte sowie die verschiedenen sie verursachenden Einflüsse aufzuzeigen, ist es erforderlich, die Bedeutung dieser Rechtsfigur im Leben des Volkes klar zu erkennen und festzustellen, wie und in welcher Weise die Bedürfnisse des volklichen Lebens die rechtliche Gestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses verlangen. Erst aus diesen, aus einer Betrachtung der Entwicklung des Arbeitsvertrages sich ergebenden Erkennt-

[1]) Derartige Bestimmungen waren z. B. gegeben im BGB, HGB, Gew.Ordn., Seem.Ordn. von 1902, Binnenschiff.ges. von 1895, Flößereiges. von 1895, Preuß Bergges. von 1865 mit versch. Novellen, u. a. —

[2]) Vgl. darüber im einzelnen unten S. 26 ff.

nissen sind — im Zusammenhang mit den aus den einzelnen Bestimmungen des AOG und ihrer Bedeutung zu gewinnenden Richtlinien des heutigen Arbeitsrechts — die Folgerungen für den Neuaufbau des Einzelarbeitsvertragsrechts zu ziehen. —

I. Begriff und Wesen des Arbeitsvertrages.

Einen einheitlichen Rechtsbegriff des Arbeitsvertrages oder gar eine einheitliche Auffassung des Arbeitsverhältnisses hat es in der bisherigen neueren Gesetzgebung, wie bereits gesagt, nicht gegeben. Dieser rein arbeitsrechtliche Tatbestand, der die Lebensgrundlage und Erwerbsquelle der großen Mehrheit des deutschen Volkes darstellt, ist bisher als solcher nicht geregelt gewesen. —

Jedoch hat die Wissenschaft und Rechtsprechung sich immer wieder mit einer Begriffserfassung und Wesensbestimmung der Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages befaßt. In der Neuzeit ist die Begriffsbestimmung unter Anlehnung an die in verschiedenen Gesetzen enthaltenen Formen von Verträgen, die irgendeine Arbeitsleistung zum Gegenstande haben, vorgenommen worden, so z. B. in Anlehnung an die Typen des Dienstvertrages oder Werkvertrages des BGB, oder die Formen des HGB, der Gewerbeordnung und anderer Gesetze. — Aus allen diesen Begriffsbestimmungen ist aber doch insoweit ein allgemeiner Begriff des Arbeitsvertrages entnommen worden, als der Arbeitsvertrag in seinem weitesten Sinne als das Rechtsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber (Unternehmer) und einem Arbeitnehmer bezeichnet worden ist, der sich ersterem gegenüber zu einer Arbeitsleistung verpflichtet hat. Zum ersten Male hat diesen Begriff des Arbeitsvertrages — auf der Grundlage der genannten gesetzlichen Bestimmungen — Lotmar herausgearbeitet [3]), der jedoch auch selbständige Arbeit in den Arbeitsvertrag einbezieht. Eine Einteilung und Unterscheidung kennt er nur auf Grund der Art der Entlohnung, nämlich in „Zeitlohn"- und „Akkordverträge", die „Grundformen des Arbeitsvertrages" [4]). Es ist dann allen weiteren Begriffsbestimmungen [5]) die Ansicht gemein, daß es sich um ein — innerhalb der Unterscheidungen der bisherigen Rechtsordnung — dem Privatrecht angehörendes Rechtsverhältnis handelt. Überwiegend ist auch das Erfordernis einer regelmäßigen Entgeltlichkeit des Arbeitsverhältnisses in den verschiedenen Lehrmeinungen vertreten worden [6]). Bei der weiteren Einschränkung des Begriffs des Arbeitsvertrages bezw. des Arbeitsverhältnisses, den Lotmar gegeben hat, aber ergeben sich bereits in bezug auf die allgemein

[3]) in seinem grundlegenden Werk „Der Arbeitsvertrag", (1902/08, vgl. Bd. I, S. 23 ff.

[4]) vgl. I, S. 32 ff.; II, S. 862 ff., S. 875 ff.

[5]) vgl. z. B. Hueck-Nipperdey, S. 100; Kaskel-Dersch, S. 138; Sinzheimer, S. 111 u. v. a.

[6]) Kaskel-Dersch, S. 140 für viele.

als notwendig erkannte Abgrenzung, daß nicht alle eine Arbeitsleistung enthaltenden Tatbestände und die dementsprechend verschiedenartigen Vertragsformen unter den Begriff „Arbeitsvertrag" fallen könnten, starke Gegensätze und Widersprüche. Von der neueren herrschenden Lehre ist dabei als wesens- und begriffsbestimmend festgelegt, daß es sich bei dem arbeitsrechtlichen Tatbestand, den der Arbeitsvertrag regelt, nur um die Arbeitsverhältnisse der sich zur Leistung abhängiger Arbeit verpflichtenden Arbeitnehmer handelt. Der Begriff des Arbeitsvertrages ist daher von der unter dem alten Recht herrschenden Lehre unter Aufgabe des Lotmar'schen Begriffes, insbesondere unter Ablehnung seiner „Grundformen", dahin festgelegt worden, daß es sich um einen privatrechtlichen, regelmäßig entgeltlichen Vertrag — und zwar des Schuldrechts — handele, durch den sich jemand zur Leistung unselbständiger Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet, durch den er also zum Arbeitnehmer wird [7]). Grundsätzlich sollten die dieser Begriffsbestimmung am ehesten entsprechenden Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag die Grundlage für die Regelung des Arbeitsvertrages abgeben, indem der Arbeitsvertrag als ein Unterfall des Dienstvertrages angesehen wurde. Der Dienstvertrag wurde dementsprechend untergegliedert in den selbständigen Dienstvertrag und den abhängigen (unselbständigen) Dienstvertrag, d. h. den Arbeitsvertrag. Die Unterscheidung zwischen den beiden Unterarten wurde vor allem auf die beim Arbeitsvertrag vorliegenden eigenartigen Beziehungen abgestellt, die aus der Leistung abhängiger Arbeit folgen, während andererseits die Dienstverträge des BGB auch ohne Aufgabe der Selbständigkeit seitens des Dienstverpflichteten möglich seien [8]). Daß der Arbeitsvertrag als Vertrag des Schuldrechts anzusehen sei, wurde von der h. M. damit begründet, daß die durch den Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer rechtlich geregelten Beziehungen in der Schaffung beiderseitiger Rechte und Pflichten, vor allem einerseits in der Leistung des Entgelts, andererseits in der vom Arbeitnehmer in Person zu leistenden Arbeit bestehe (§ 241 BGB), somit also der Arbeitsvertrag innerhalb der von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsfiguren nur als schuldrechtlicher Vertrag bestimmt werden könne [9]). Dabei war noch besonders zu beachten, daß die beiderseitigen Rechte und Pflichten in wechselseitiger Abhängigkeit von einander stehen, sodaß also ohne Zweifel ein gegenseitiger Vertrag bejaht werden mußte.

Diese Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages war aber durchaus nicht, wie bereits gesagt, die einheitliche Auffassung in Wissenschaft und Rechtsprechung. Vielmehr gab es — vor allem später —

[7]) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 100/101; Kaskel-Dersch, S. 140; aus der Rechtspr.: R.A.G. in Arb.R.Samml., Bd. 13, S. 480; 15, S. 550 usw.

[8]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 139 ff.; Hueck-Nipperdey, S. 108; Nikisch, Grundformen, S. 85 ff.; u. v. a.

[9]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 138; Hueck-Nipperdey, S. 111.

manch eine von dieser Begriffsbestimmung völlig und im Grundsätzlichen abweichende andere Ansicht über den rechtlichen Begriff des Arbeitsvertrages. Auf die wesentlichen Ansichten soll später noch eingegangen werden [10]). —

Für das hier zu behandelnde Problem einer Umgestaltung des Einzelarbeitsvertragsrechts kommt es vor allem darauf an, festzustellen, ob der Begriff des Arbeitsvertrages überhaupt in einer allgemeine Geltung beanspruchenden Art und Weise bestimmt werden kann, und weiter, was das Wesen dieses Arbeitsvertrages ausmacht. Diese Bestimmung ist dahin zu treffen, daß begrifflich — im Zusammenhang mit der ganzen Lebensanschauung des Volkes — das dem Arbeitsvertrag zugrunde liegende Arbeitsverhältnis ein Vorliegen von Beziehungen bedeutet, die aus dem „Arbeitstatbestand" entspringen. Dieser ist darin zu sehen, daß ein zum Zwecke der Beschaffung seines Lebensunterhaltes auf die Nutzbarmachung und Verwertung seiner Arbeitskraft — und zwar sowohl körperlicher als auch geistiger — angewiesener Volksgenosse sich einem anderen, Arbeitskraft benötigenden Volksgenossen zur Leistung von Arbeit verpflichtet, wofür dieser sich zur Vergütung (Lohnzahlung) verpflichtet. Dieser „Arbeitstatbestand" unterscheidet sich bereits von dem Tatbestand, der dem Werkvertrag zu Grunde liegt. Denn während hier ein „Wirken", die Bewirkung von Arbeitsleistung schlechthin und zwar für fremde Rechnung versprochen wird, wird dort die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, die Herstellung eines „Werkes" und zwar für eigene Rechnung versprochen [11]). Es handelt sich also beim Arbeitsvertrag um die rechtlichen Beziehungen zwischen zwei Einzelpersonen, die aus einer zwischen beiden getroffenen Vereinbarung über die gegen Entgelt zu erbringende Leistung von Arbeit entstehen. Im Sinne der Unterscheidungen des bisherigen Rechts treten die beiden Beteiligten dieser Vereinbarung als Personen der Privatrechtsordnung auf. Wesentlich ist diesem Verhältnis weiter, daß die beiden Parteien sich hinsichtlich ihrer persönlichen Bewertung durch die Rechtsordnung gleichberechtigt gegenüber stehen. Begriffswesentlich ist auch, daß der Arbeitsvertragstatbestand nicht nur eine einmalige, festbestimmte Arbeitsleistung betrifft, vielmehr es gerade seinem Wesen entspricht, daß es sich um die Leistung einer von vornherein noch nicht festbegrenzten und bestimmten Anzahl von Arbeitsleistungen handelt, die im übrigen auch noch nicht einmal ihrer Art nach festgelegt zu sein brauchen. Dem Wesen des Arbeitsvertrages entspricht es weiter auch, daß der Arbeitnehmer, der nur über seine Arbeitskraft verfügt und als Einzelperson dem Arbeitgeber gegenübertritt, aus den ganzen gegebenen Verhältnissen heraus nicht nur dadurch von diesem abhängig ist,

[10]) s. unten S. 27 ff.; 30 ff.

[11]) Kaskel-Dersch, S. 140; Hueck-Nipperdey, S. 107; Oertmann, S. 10 ff.; Sinzheimer, Grundzüge, S. 117; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 115, 194, der den Ausdruck „Anstellungsvertrag" gebraucht; u. a. m. — Gierke, in „Deutsches Privatrecht", III, S. 590/1.

daß der Arbeitgeber im Rahmen der zur Verfügung gestellten Arbeit über ihn verfügen kann, sondern auch außerdem dadurch, daß der Arbeitnehmer dem wirtschaftlich immer stärkeren Arbeitgeber gegenüber als Einzelperson der Privatrechtsordnung wirtschaftlich und persönlich — trotz der rechtlichen Gleichstellung — unterlegen ist, wodurch die Abhängigkeit seiner Arbeit vom Bestimmungsrecht des Arbeitgebers erst die besondere sozialpolitische Bedeutung erhält. Während nun aber die persönliche Abhängigkeit, durch die ein über das rein schuldrechtliche Band hinausgehendes, dem alten deutschrechtlichen Treudienstverhältnis ähnliches Gewalt- und Treudienstverhältnis hergestellt wird, von der h.M. in Wissenschaft und Rechtsprechung als begriffsnotwendig gefordert wird [12]), wird der wirtschaftlichen Abhängigkeit nur eine untergeordnete Rolle zuerkannt. Es wäre nicht zutreffend, die Arbeitnehmereigenschaft schon allein um einer wirtschaftlichen Abhängigkeit willen zu bejahen, eine persönliche Abhängigkeit müsse vielmehr immer vorhanden sein [13]). Dagegen hat die Rechtsprechung des RVA vielfach schlechthin persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit verlangt [14]). —

1. Arbeitsverhältnis und Arbeitsvertrag.

Da es heute bei der Neugestaltung des Arbeitsrechts oft zu der Fragestellung gekommen ist, ob man überhaupt noch von einem „Arbeitsvertrag" sprechen könne, da es sich vielmehr nur um das „Arbeitsverhältnis" handele [15]), ist es angebracht, die Unterschiede dieser beiden Begriffe zu klären, ohne damit bereits diese Streitfrage hier entscheiden zu wollen.

Unter dem allgemeinen Oberbegriff des „Arbeitsverhältnisses im weitesten Sinne", d. h. der Gesamtheit der Beziehungen zwischen einem Unternehmer und einem einzelnen Beschäftigten, sind drei Bedeutungsmöglichkeiten des Begriffes „Arbeitsverhältnis" zusammengefaßt. So ist zuerst das „Arbeitsvertragsverhältnis" zu nennen. Es ist das aus dem eigentlichen schuldrechtlichen Arbeitsvertrag entspringende schuldrechtliche Verhältnis (Dauerschuldverhältnis). Dieses Dauerschuldverhältnis, das auf Grund des Vertragsabschlusses zustande gekommen ist, wird im allgemeinen wie der es begründende Kausalvertrag selbst Arbeitsvertrag genannt (Arbeitsvertrag i.w.S.). In diesem weiteren Sinne, d. h. den Zustand der Erfüllung und die Wirkungen des eigentlichen Arbeitsvertrages i.e.S. mit einbegreifend, soll hier durchweg vom „Arbeitsver-

[12]) Vgl. RAG Bensh.Samml. Bd. 5, 28; 2, 145; 7, 452; Kaskel-Dersch, S. 23; Hueck-Nipperdey, S. 42; Sinzheimer, S. 10; Lutz Richter, S. 9 u. a. m.

[13]) So Dersch in Kaskel-Dersch, S. 25.

[14]) Dagegen Kaskel-Dersch, S. 25, Anm. 4, da die wirtschaftliche Abhängigkeit in solcher Allgemeinheit nicht als geeignetes und notwendiges Kriterium angesehen werden könne; vgl. auch: Hueck, Anm. zu RAG Bensh.S. 9, 516.

[15]) Vgl. hierzu neuerdings Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

trag" gesprochen werden. — Der Begriff des Arbeitsverhältnisses kann aber auch dahin verstanden werden, daß nicht nur alle eigentlichen Arbeitsverträge (Schuldverhältnisse) als Arbeitsverhältnisse bezeichnet werden, sondern im erweiternden Sinne alle überhaupt zur Arbeit verpflichtenden Rechtsverhältnisse. In dieser Hinsicht wird also vom Entstehungsgrund (Rechtsgrund) abgesehen und jedes Rechtsverhältnis, das zur Arbeit verpflichtet und irgendeiner anderen Rechtsgrundlage entspringt als einem Arbeitsvertragsschluß, so z. B. einem Gesetz, einem Familienrechtsverhältnis usw., als Arbeitsverhältnis bezeichnet. Dieser Begriff des Arbeitsverhältnisses umfaßt also neben den eigentlichen Arbeitsverträgen auch alle übrigen personenrechtlichen, öffentlichrechtlichen usw. Arbeitsverhältnisse. Er umfaßt damit überhaupt jeden Zustand eines rechtlichen Verpflichtetseins zur Arbeitsleistung. Diese Bedeutung, nach der eine rechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung nicht gerade auf einem schuldrechtlichen Vertrage zu beruhen braucht, vielmehr auch eine andere causa haben kann, ist gerade heute zu beachten, da es eines der wesentlichen Grundprobleme ist, das in der neuen Arbeitsordnung zu lösen ist. Wie bereits erwähnt, sind in dieser Hinsicht insbesondere auch die familienrechtlichen und sonstigen personenrechtlichen Verhältnisse, denen eine Pflicht zur Arbeitsleistung entspringt [16]), als Arbeitsverhältnisse anzusehen. Gerade aber heute geht manche Meinung dahin, daß auch das Arbeitsverhältnis des abhängigen Arbeitnehmers nicht mehr ein schuldrechtliches sei (also ein Arbeitsvertrag), sondern ein personenrechtliches Treuverhältnis [17]). (Das soll jedoch später eingehend besprochen werden.)

Schließlich kann aber unter „Arbeitsverhältnis" auch das rein „faktische Arbeitsverhältnis" verstanden werden, womit überhaupt der Tatbestand gemeint ist, daß tatsächlich Arbeit geleistet wird, gleichgültig, ob eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung besteht oder nicht. Man spricht in diesem Falle in der neueren Zeit auch von dem „Beschäftigungsverhältnis" [18]). Abgesehen von den bisher genannten, auf einem Rechtsgrund beruhenden Arbeitsverhältnissen, erfaßt also das Beschäftigungsverhältnis auch diejenigen Fälle, in denen Arbeit ohne rechtliche Verpflichtung geleistet wird, z. B. von Geschäftsunfähigen bei Nichtigkeit des

[16]) Vgl. z. B. die in den §§ 1617, 1356 BGB genannten Verpflichtungen zur Arbeitsleistung innerhalb eines Familienverhältnisses.

[17]) Für diese Richtung ist als grundlegend das Werk Sieberts anzusehen: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

[18]) Vgl. hierzu vor allem die grundlegenden Ausführungen von Dersch, „Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen", in Arb.R.Prax. 1930, S. 142 ff und 181 ff.; in „Arbeitsrechtskartei", Karte „Beschäftigungsverhältnis"; weiter: Kausen, „Ist Beschäftigung im Betrieb eine vom Arbeitsvertrag unabhängige Rechtsfigur?", in Arb.G. 1930, S. 428 ff. und Arb.R. 1930, S. 674 ff.; Oppermann, „Der Rechtsbegriff des Arbeitsverhältnisses" in Arb.R. 1926, S. 29 ff.; Hueck in Jher.J., Bd. 74, S. 358 ff.: „Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetz"; neuerdings: Siebert, a. a. O., S. 32 ff.

Arbeitsvertrages. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses ist als notwendig in Hinsicht auf die Bestimmungen des Arbeitsschutzes und der Sozialversicherung, z. T. auch der Arbeitsgerichtsbarkeit entwickelt worden. Denn in diesen betreffenden Gesetzen wurde völlig davon abgesehen, ob ein Arbeitsvertrag vorlag oder nicht. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen war vielmehr nur an den Tatbestand geknüpft [19]), daß Arbeitsleistung gegen Entlohnung erfolgt. In der Wissenschaft und Rechtsprechung führte diese Tatsache dann dazu, daß der Begriff Beschäftigungsverhältnis immer weiter ausgebaut wurde [20]). Es entstanden Streitfragen, welche Bedeutung und welche rechtliche Wirkung dem Beschäftigungsverhältnis zuzumessen sei. Vor allem wurde diese Frage für den Fall wesentlich, daß von einem Arbeiter tatsächlich Arbeit geleistet wird, ohne daß aber ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag vorliegt. Hieraus entstand die Notwendigkeit, dem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis auch gewisse privatrechtliche Wirkungen zuzugestehen. —

Heute ist das Beschäftigungsverhältnis insofern für die Neugestaltung des Arbeitsrechts von Bedeutung, als die Frage entstanden ist, ob außerhalb der Regelung des AOG überhaupt noch eine besondere Rechtsfigur in der Art des Arbeitsvertrages oder eines sonstigen, z. B. personenrechtlichen Arbeitsverhältnisses benötigt werde oder ob nicht innerhalb der Regelung des AOG das rein faktische Beschäftigungsverhältnis allen diesbezüglichen Aufgaben gerecht werden könne. Die Bedeutung und die Wirkungen des Beschäftigungsverhältnisses werden teilweise aus diesen Erwägungen heraus stark erweitert und damit die bereits angedeutete Entwicklung weitergeführt. Es soll im folgenden daher kurz auf die bisherige Lehre vom Beschäftigungsverhältnis eingegangen werden.

Zunächst ist das faktische Arbeitsverhältnis, das Beschäftigungsverhältnis eine rein tatsächliche Erscheinung, der Tatbestand der tatsächlichen Leistung von Arbeit einer Person für eine andere. Hueck-Nipperdey [21]) wollen auch dieses Beschäftigungsverhältnis nicht als Rechtsverhältnis anerkennen. Sie billigen z. B. einem Arbeitnehmer, der ohne gültigen Vertrag arbeitet, nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu [22]). Und so wie Hueck-Nipperdey versagte auch die h.M. dem tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis jede privatrechtliche Wirkung [23]). Demgegenüber sieht Dersch [24]), wie bereits erwähnt, das Beschäftigungsverhältnis in Einzelbeziehungen, z. B. bei Fortfall oder Fehlen des Arbeitsvertrages, als „ein nicht auf Vertrag, sondern auf

[19]) Vgl. §§ 165, 1226 RVO; § 1 AVG.
[20]) Vgl. Potthoff, Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag", in Arbeitsrecht 1922, S. 28 ff.
[21]) S. 112 und 114.
[22]) a. a. O., S. 38 f.; 148 ff.
[23]) Vgl. vor allem Oertmann, S. 99 ff.; Lutz Richter, S. 75 f.; u. a.
[24]) in Arb.R.Prax. 1930, S. 144.

tatsächlicher Grundlage beruhendes — zweiseitiges — Rechtsverhältnis" an, d. h. unterstellt es zusammen mit dem Arbeitsvertrag — den er aber betont als den Regelfall bezeichnet — dem Oberbegriff eines rechtlichen Arbeitsverhältnisses i.w.S. Nach Dersch ist also das Beschäftigungsverhältnis „ein, losgelöst vom Vertrag, aus einem tatsächlichen Zustand geborenes echtes Rechtsverhältnis", das dadurch entsteht, daß an den Tatbestand des Arbeitens ohne weiteres privatrechtliche Rechtsfolgen geknüpft werden, was für die öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechtsteile, wie Arbeitsschutzrecht, Sozialversicherungsrecht, Arbeitsgerichtsbarkeit u. a., ausdrücklich in den Gesetzen ausgesprochen ist [25]). Dersch hält es darum für erforderlich, daß auch auf dem Gebiete des Arbeitsprivatrechts diese Rechtsfigur anerkannt und durchgesetzt wird, weil nur so die Fälle, in denen ein Arbeitsvertrag aus irgendeinem Grunde nicht vorliegt, rechtlich klar und befriedigend geregelt werden können [26]).

Denn wenn auch von der Rechtsordnung bezüglich eines grossen Teils der Arbeitnehmerschutzbestimmungen, der Sozialversicherungsbestimmungen usw. Rechtsfolgen an das Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses geknüpft werden, so sind doch im allgemeinen die Rechtswirkungen, die die bisherige Rechtsordnung kennt, eben an ein Rechtsverhältnis geknüpft. Würde also ein tatsächliches Arbeitsverhältnis vorliegen, ohne daß neben diesem ein Rechtsverhältnis (z. B. Arbeitsvertrag) besteht, das zur Arbeitsleistung verpflichtet, und dieses tatsächliche Arbeitsverhältnis s e l b s t würde als solches auch keinerlei Rechtswirkungen zeitigen — wie Hueck-Nipperdey meinen —, so würden aus diesem Arbeitsverhältnis nur Schadensersatz- bezw. Bereicherungsansprüche hergeleitet werden können, — unter Umständen auch ein Anspruch nach dem „venire contra factum proprium" gegeben sein [27]). Ohne Zweifel sind derartige Ansprüche aber keinerlei Ersatz für den Lohnanspruch aus einem Rechtsverhältnis. Alle Versuche, hier irgendeinen Ausweg zu finden, um in den immerhin nicht seltenen Fällen den vertragslos Beschäftigten helfen zu können [28]), konnten aber eine befriedigende Regelung nicht bringen. Eine entscheidende Wendung wurde hier eben erst durch die Lehre Dersch's herbeigeführt. Denn ein tatsächliches Arbeitsverhältnis, das im Sinne von Dersch als Rechtsverhältnis angesehen wird (Beschäftigungsverhältnis), würde bei Nichtvorliegen eines besonderen vertraglichen Arbeitsverhältnisses selbst rechtliche Wirkungen privatrechtlicher Natur, die denen des Arbeitsvertrages ent-

[25]) Vgl. hierzu: Dersch, Angestelltenversicherungsgesetz, Anm. 15 c zu § 1 (3. Aufl.) mit vielen Nachweisen; vor allem zur Rechtspr. des R.V.A. in Dersch-Volkmar, Arbeitsgerichtsgesetz, 4. Aufl., S. 123; u. a. m.

[26]) Vgl. die §§ 134, 138 BGB; dazu Kaskel-Dersch, S. 22.

[27]) Vgl. die Ansicht von Hueck bei Hueck-Nipperdey, S. 38 ff., 148 ff.

[28]) Hier ist auch die Ansicht zu nennen, daß der § 139 BGB im Arbeitsrecht keine Geltung habe, sodaß dementsprechend ein teilweise nichtiger Vertrag im übrigen aufrechtzuerhalten ist, vgl. RG in JW 1935, S. 692 mit Anm. von Oppermann.

sprechen, hervorbringen. Das würde heute dann von Bedeutung sein, wenn — bei Bejahung der Rechtsfigur des Arbeitsvertrages — dieser nichtig oder überhaupt nicht vorhanden sein würde. —

Während im früheren Recht diese Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und faktischem Arbeitsverhältnis aber überhaupt nur für derartige Fälle einer Nichtigkeit oder eines Nichtvorhandenseins des Arbeitsvertrages von Bedeutung war, handelt es sich heute, wie gesagt, um die weitaus wichtigere Frage, ob die heutige Arbeitsordnung nicht ausschließlich ein rein tatsächliches Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis verlangt, das sich durch den Eintritt und die Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft ergibt, sodaß sich die Rechtsfigur des Arbeitsvertrages nicht nur erübrigt, sondern darüber hinaus sogar der neuen Arbeitsordnung widersprechen würde. In diesem Falle würde dann die Frage, ob das rein faktische Arbeitsverhältnis auch als Rechtsverhältnis anzusehen ist oder aber nur als tatsächliche Erscheinung, von größter Bedeutung sein. Denn während das Arbeitsvertragsverhältnis seine Wirkungen größtenteils auch dann äußert, wenn eine faktische Arbeitsleistung nicht vorliegt — d. h. z. B. bereits vor Beginn der Arbeitsleistung, in den Fällen der §§ 615, 616 BGB, während des Urlaubs, nach Beendigung des rein tatsächlichen Arbeitsverhältnisses [29]) —, würden bei einem nicht als Rechtsverhältnis angesehenen, rein tatsächlichen Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis diese Wirkungen nicht eintreten können. Insofern aber könnten in mancher Hinsicht die Rechtssicherheit und damit die Sicherheit der Erwerbsgrundlage des Beschäftigten erheblich gefährdet werden. Die hiermit zusammenhängenden Probleme sollen im zweiten Teil im einzelnen eingehend erörtert werden. Bisher hat jedenfalls die Lehre von dem Beschäftigungsverhältnis nicht den Arbeitsvertrag ausschalten wollen, sondern sie ging von dem Gedanken aus, die aufgezeigte Lücke in der Rechtsordnung eindeutig rechtlich regeln zu müssen. Wenn also Dersch sagt [30]), daß zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis „irgendein privatrechtlicher rechtsgeschäftlicher Akt", also auch die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses genüge und ein Vertrag nicht erforderlich sei, so betont er doch gleichzeitig, daß der Arbeitsvertrag die Regel bilde. Durch die Ausnahmeregelung, daß auch mit der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses der Eintritt in das Arbeitsverhältnis erfolgen kann, erreicht Dersch aber, daß auch die Personen, die einen ungültigen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben (Geschäftsunfähige, Minderjährige ohne Genehmigung des gesetzlichen Vertreters, vgl. auch §§ 138, 134 BGB), Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsrechts werden. Grundlage des Arbeitnehmerbegriffs ist also danach das Beschäftigungsverhältnis, nicht der Ver-

[29]) Es ist hier an alle die Fälle zu denken, in denen entweder der Arbeiter ohne Innehaltung der Kündigungsfrist oder ohne überhaupt zu kündigen die Arbeitsstelle verläßt, oder aber der Unternehmer den Arbeiter zu Unrecht fristlos entläßt.

[30]) in Kaskel-Dersch, S. 22.

trag. „Letzterer wird aber für größere Gebiete des Arbeitsrechts noch außerdem vorausgesetzt, z. B. für das ganze Arbeitsvertragsrecht“ [31]). Somit ist für das ganze Arbeitsrecht eine Zweiteilung vorgenommen, nämlich in Arbeitsvertrag und Beschäftigungsverhältnis, die zwar in der Regel mit einander verbunden sind, grundsätzlich jedoch verschiedene Aufgaben und Wirkungen haben [32]).

2. Arten und Abgrenzung des Arbeitsvertrags.

Wir haben bereits festgestellt, daß es im bisher geltenden Recht keine allgemeinen Vorschriften für den arbeitsrechtlichen Arbeitsvertrag gab. Jedoch gab bezw. gibt es entsprechend der beruflichen Gliederung der Arbeitnehmer verschiedene Regelungen für eine Reihe von besonderen Arten des Arbeitsvertrages. Man kann dementsprechend unterscheiden den gewerblichen Arbeitsvertrag, den kaufmännischen, den land- und forstwirtschaftlichen und den bergrechtlichen Arbeitsvertrag, den der Schiffsmannschaften, des Gesindes bezw. der Hausangestellten und schließlich den rein bürgerlichrechtlichen Arbeitsvertrag, der — da er eine eigene rechtliche Regelung nicht erfahren hat — im BGB geregelt wurde. Die genannten speziellen Arbeitsvertragsarten und deren gesetzliche Regelungen haben auch heute noch ihre Bedeutung behalten. Arbeitsverträge sind im übrigen auch die Zwangsverträge der Schwerbeschädigten gemäß § 7 des Schwerbesch.Ges., bei denen die freiwillige Willenseinigung durch die Zwangszuweisung ersetzt wird.

Nicht zu den Arbeitsverträgen gehören ohne weiteres die Beamtenverhältnisse der öffentlichen Beamten, bei denen es sich um öffentlichrechtliche Anstellungsverhältnisse handelt. Die Gesetzgebung führt dementsprechend auch eine scharfe Trennung von Arbeitsrecht und Beamtenrecht durch [33]). Heute wird zwar von mancher Seite aus einer Angleichung des Arbeitsverhältnisses an das Beamtenverhältnis das Wort geredet [34]), und zwar vor allem mit dem Hinweis auf die beiden heute gemeinsame Treuepflicht, jedoch sind zwischen beiden derartige Wesensunterschiede vorhanden, auch sind mit einer derartigen Angleichung ohne Zweifel Gefahren für das Beamtenverhältnis verbunden — das eben der besonderen Stellung des Beamten wegen im Staatsinteresse einer besonderen Regelung bedarf — die auch heute eine ganz eindeutige Unterscheidung des Beamtenverhältnisses von allen Arbeitsverhältnissen verlangen. —

Ebenfalls zählen nicht bezw. nicht mehr zu den Arbeitsverträgen die heute stark unter öffentlich-rechtlichem Einfluß stehenden Lehrverträge [35]). Die Entwicklung ist hinsichtlich der Lehrverträge

[31]) ebendort, S. 22.

[32]) Vgl. noch über die ganze Entwicklung Siebert, a. a. O., S. 36 ff.

[33]) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 49; heute können z. B. Beamte nicht zur Gefolgschaft im Sinne des AOG gehören.

[34]) Vgl. unten S. 60 ff.; auch Siebert, a. a. O., S. 80.

[35]) Das RAG sieht die Lehrverträge heute als eine Mischung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Rechtsverhältnis an.

jedoch noch stark in Fluß, eine grundsätzliche Regelung des Lehrvertrages und überhaupt des Ausbildungsverhältnisses der Jugendlichen wird das kommende Jugendarbeitsrecht bringen [36]). —

Eine weitere und in anderer Richtung führende Abgrenzung des Arbeitsvertrages [37]) — wobei dieser als Grundbegriff genommen werden soll, ohne auf eine der aufgeführten Unterarten näher einzugehen — ist gegenüber den dem Privatrecht angehörenden Vertragsarten vorzunehmen, bei denen es zweifelhaft sein kann, ob sie eine Arbeitsleistung im Sinne des Arbeitsrechts zum Gegenstande haben. Das sind also vor allem die selbständigen Dienstverträge des BGB (§ 611 BGB), die Werkverträge und andere derartige Vertragsverhältnisse, auf Grund deren selbständige Arbeit geleistet wird.

Die Unterscheidung ist in diesen Fällen nicht immer einfach. In der Wissenschaft und Rechtsprechung sind daher die verschiedensten Abgrenzungsmerkmale aufgestellt worden. So ist z. B. gesagt worden, daß — als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den Werkverträgen — alle die Verträge keine Arbeitsverträge seien, bei denen eine Tätigkeit ohne irgendeinen Zusammenhang mit dem sächlichen Bereich des Arbeitgebers geleistet würde. Das seien vor allem die Verträge, in denen der Arbeitsleistende nach dem Vertrage zu einer Tätigkeit bestimmter Art oder in bestimmter Form verpflichtet sei, zu der er selbst die Arbeitssubstrate zu stellen habe [38]). Denn hier sei der Arbeitsleistende selbst als Unternehmer anzusehen. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß ohne Zweifel ein Holzfäller z. B., der sein Beil, also das Arbeitssubstrat zur Arbeit mitbringt, im Arbeitsvertrag steht und nicht bereits dadurch, daß er sein Arbeitsgerät selbst beschafft, zum Unternehmer wird. Dieses Merkmal kann also nicht entscheidend sein, da unzweifelhaft das Vorliegen eines Arbeitsvertrages nicht schon dann zu verneinen ist, wenn der Arbeitleistende ein Werkzeug, das allgemein von den Arbeitnehmern gestellt zu werden pflegt, selbst stellt. —

Auch dadurch, daß eine Bedeutung der lediglich in Zusammenhang mit dem persönlichen Bereich des Arbeitgebers zu erbringenden Arbeitsleistung beigemessen wird, ist für die Abgrenzung nichts gewonnen. Auch der Arbeitsverpflichtete, der eine Arbeit lediglich in Zusammenhang mit dem persönlichen Bereich des Arbeitgebers zu erbringen hat, steht nicht immer im bürgerlichrechtlichen Dienstvertrag (vgl. allerdings die Stellung des Arztes), auch hier ist es denkbar, daß ein Arbeitsvertrag zu bejahen wäre. Ebenso kann ein Arbeitsvertrag dann vorliegen, wenn eine bestimmte Arbeit überhaupt nicht zu leisten ist, sondern sich der

---

[36]) Vgl. hierzu: Goldmann und Picker, Das junge Deutschland, S. 149 ff., 155 ff.; Goldmann (Leiter der Rechtsabteilung der RJF), in Deutsche Justiz, 1935, S. 1335 f.

[37]) Auf die Unterscheidung in Zeitlohn- und Akkordverträge soll hier nicht eingegangen werden, da es sich hierbei nur um verschiedene Entlohnungsarten handelt. —

[38]) Vgl. z. B. Oertmann, in Arch.Ziv.Prax., Bd. 116, S. 30.

Verpflichtete nur zu bestimmter Zeit zur Verfügung des Berechtigten zu halten hat (z. B. ein Reisebegleiter). Das Entscheidende ist bei allen diesen Zweifelsfällen letzten Endes das persönliche Abhängigkeitsverhältnis. Liegt das vor, so ist regelmäßig ein Arbeitsvertrag anzunehmen, liegt es nicht vor, so handelt es sich um irgendeinen Vertrag über selbständige Arbeitsleistung, d. h. einen Dienstvertrag, Werkvertrag usw. — Dementsprechend ist der Begriff Arbeitsvertrag, von dem hier gesprochen werden soll, im engeren Sinne allen anderen Arten von Verträgen gegenüber, in denen auch die Leistung einer Arbeit zugesagt wird, dahin festzulegen, daß es sich um einen Vertrag handelt, bei dem der Beschäftigte nach jeweiliger Anweisung des Unternehmers (unselbständige Arbeitsleistung im Sinne unserer Begriffsbestimmung) zu arbeiten hat. Die Verwertung der Arbeitskraft findet dabei regelmäßig (Ausnahme aber z. B. Hausgehilfen, die nicht in einem Betriebe tätig sind) innerhalb einer bestimmten Organisation, eben dem Betriebe des Unternehmers, unter Benutzung der von diesem regelmäßig zur Verfügung gestellten sächlichen Produktionsmittel des Betriebes statt[39]). Es bleibt jedoch noch die nähere Bestimmung des Grundbegriffes „abhängige Arbeitsleistung". Diese soll bei der Erörterung der Personen des Arbeitsvertrags vorgenommen werden. —

3. Die Personen des Arbeitsvertrags.

Die Personen des Arbeitsvertrags sind dem bisherigen Sprachgebrauch nach die Arbeitnehmer und die Arbeitgeber, im Wortgebrauch des AOG die Unternehmer und Beschäftigten. Diese beiden Begriffe bilden im weitesten Sinne die Grundtypen des Personenkreises des Arbeitsvertragsrechts. Innerhalb dieser Begriffsabgrenzung sind jedoch weitgehende Untergliederungen vorhanden.

Historisch hat sich das neuzeitliche Arbeitsrecht aus dem Sonderrecht der Fabrik- und Bergarbeiter entwickelt. Es ist selbstverständlich — und geht bereits aus den bisherigen Ausführungen hervor —, daß eine derartig enge Abgrenzung und Einschränkung des Arbeitnehmerbegriffs in der heutigen Zeit nicht mehr zu gebrauchen ist. Da jedoch das Arbeitsrecht das Recht der unselbständigen Arbeitnehmer ist, so ist der Begriff des Arbeitnehmers für das Arbeitsrecht von grundlegender Bedeutung, denn hiervon ist die Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Normen abhängig. Eine genaue Begriffsabgrenzung stößt auf erhebliche Schwierigkeiten, da der Begriff sehr weit oder theoretisch aber auch sehr eng gefaßt werden kann. —

In Wissenschaft und Rechtsprechung wurde bei den Versuchen einer einwandfreien Abgrenzung bald festgestellt, daß diese mit rechtlichen Begriffen allein kaum möglich sei. Es handelt sich hier

[39]) Vgl. RAG in Bensh.Samml., Bd. 5, 28; 2, 145; 7, 452; weiter Kaskel-Dersch, S. 23.

vielmehr auch um einen Rechtsbegriff mit soziologischer Wurzel, diese soziologischen Merkmale mußten also heran gezogen werden. Wenn daher im weitesten Sinne (vgl. die Feststellung im vorigen Abschnitt) alle die Personen als „Arbeitnehmer" bezeichnet worden sind, die unselbständige Arbeit leisten, d. h. in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen, so kommt es für die nähere Begriffsbestimmung doch auf den Grad der Abhängigkeit an [40]). Dieser stärkere Grad der Unselbständigkeit ist es auch schließlich gewesen, der neben und in Verbindung mit der wirtschaftlichen Notlage der Arbeitnehmer den Erlaß arbeitsrechtlicher Sondervorschriften und damit die Ausbildung des Arbeitsrechts notwendig gemacht hat. Wenn also z. B. auch die leitenden Angestellten, ob sie nun Betriebsleiter, leitende, weitgehend selbständige Direktoren oder dergleichen sind, immer noch in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis stehen, an gewisse Weisungen des Unternehmers gebunden sein werden, so sind sie doch ohne Zweifel weniger schutzbedürftig als die Arbeiter im Sinne des Sprachgebrauchs. Sie nehmen dem Arbeitgeber gegenüber eine ganz andere, viel sicherere, selbständigere Stellung ein als irgendein beliebiger Handarbeiter oder kleiner Angestellter. Sie können vor allem durchweg ihre Interessen selbst wahrnehmen und bedürfen keines besonderen sozialen Schutzes [41]).

Trotz dieser Feststellung ist bisher von der h. M. der Arbeitsvertrag auf alle Personen ausgedehnt worden, die irgendeine Dienstleistung in einer gewissen Abhängigkeit vollbrachten, sodaß bei Nachweis auch nur eines geringen Grades von Abhängigkeit — der schließlich aber bei jeder in Person zu erbringenden Arbeitsleistung nachzuweisen ist — selbst bei einem hohen, leitenden Angestellten die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsvertragsrechts angenommen wurde [42]). Ausgenommen wurden und werden de lege lata auch heute die bisweilen nur fälschlich zu den leitenden Angestellten gezählten Vorstandsmitglieder von juristischen Personen oder Handelsgesellschaften. Diese werden bereits durch § 5, Abs. II AGG ausdrücklich aus dem Kreis der Arbeitnehmer ausgeschieden [43]). — Wieweit hier auf Grund der neuen Arbeitsordnung ganz allgemein eine neue Abgrenzung in der Weise vorgenommen werden muß, daß für die leitenden Angestellten nur der bürgerlichrechtliche Dienstvertrag — und zwar erweitert im Sinne eines Ausbaues der Kündigungsbestimmungen — in Betracht kommen kann, wenn nicht überhaupt ein neuer Vertragstyp neben dem Arbeitsvertrag, der Angestelltenvertrag zu schaffen wäre, soll unten erörtert werden (3. Teil, B. II). —

Wenn der Personenkreis des Arbeitsvertragsrechts nun sozio-

---

[40]) So Hueck-Nipperdey, S. 42.

[41]) Hueck-Nipperdey, S. 68.

[42]) Vgl. über den Begriff des leitenden Angestellten Kaskel-Dersch, S. 27 ff.; außerdem, Dersch, Angest. V.G., Komm., S. 165 ff.

[43]) Vgl. auch die §§ 3, II AGG. und 12. II BRG.; vgl. auch Kaskel-Dersch, S. 29.

logisch aus den Ursachen und Zielen des besonderen Rechts der Arbeit gewonnen ist, so hat hierbei die Feststellung vor allem mitgewirkt, daß die Arbeitsleistung stets ein Stück der Persönlichkeit des Arbeitsmenschen ist. Wer abhängige Arbeit leistet, geht damit immer in gewisser Weise die Begründung einer Verfügungsmacht des Arbeitgebers, d. h. ein Stück Hingabe seiner Person selbst ein [44]). Daraus entspringt aber gerade im freien Spiel der Kräfte auf dem Arbeitsmarkt — so wie er sich vor der Machtübernahme des Nationalsozialismus darstellte — die besondere Schutzbedürftigkeit desjenigen, der abhängige Arbeit leistet. Arbeit leistet zwar auch der höhere, geistige Leiter eines Unternehmens, der nicht selbst Unternehmer ist. Er steht auch immer in einem gewissen persönlichen Abhängigkeitsverhältnis, wie gesagt [45]); bei dem Arbeiter aber tritt hierzu nicht nur die Steigerung der persönlichen Abhängigkeit, sondern insbesondere eine durch seine allgemeine wirtschaftliche und soziale Lage bedingte Abhängigkeit von dem jeweiligen Arbeitgeber und dem jeweiligen Arbeitsplatz hinsichtlich seines stetigen Lebenserwerbs hinzu. Diese Tatsachen hat auch die neuere Arbeitsrechtswissenschaft nicht verkannt. Vorwiegend praktische Gründe aber haben eben dazu geführt, innerhalb des Arbeitsvertragsrechts keine Unterscheidungen zwischen Arbeitern, Angestellten und leitenden Angestellten zu machen [46]). —

Zu der weiteren Begriffsbestimmung des „Arbeitnehmers" ist festzustellen, daß nur solche Personen in einem Arbeitsvertrag stehen können, die das Arbeitsverhältnis aus freier Willensentschließung eingegangen sind. Wird z. B. auf Grund eines öffentlichrechtlichen Arbeitszwanges öffentlichrechtliche, unfreie Arbeit geleistet, so besteht keine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Arbeitsrechts [47]). — Weiter muß es sich bei diesem aus freier Willensentschließung eingegangenen Arbeitsverhältnis um ein privatrechtliches Rechtsgeschäft handeln. So sind z. B. öffentlichrechtliche Beamte, die in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis stehen, das auf Grund eines öffentlichrechtlichen Anstellungsaktes zustande kommt, keine Arbeitnehmer [48]). — Den Angehörigen des bisherigen Freiwilligen Arbeitsdienstes wurde von der Wissenschaft ebenfalls die Arbeitnehmereigenschaft aberkannt [49]), während sie allerdings für die festangestellten Führer des FAD angenommen wurde. Heute ist mit der Einführung des Pflichtarbeitsdienstes rechtlich eine Gleichstellung der Angehörigen des Arbeits-

[44]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 19, 23; Nikisch, Grundformen, S. 117 u. a.

[45]) Vgl. RAG. in Arb.R.Samml. Bd. 9, S. 383; Dersch, AOG, S. 26.

[46]) Vgl. aber die Entsch. des RAG in Arb.R.Samml., Bd. 5, 28; 7, 452.

[47]) Z. B. Strafgefangene, Jugendliche und Krisenunterstützungsempfänger, die Pflichtarbeit leisten. Vgl. Kaskel-Dersch, S. 21. Wegen des öffentlichrechtlichen Pflichtbeschäftigungsverhältnisses der Fürsorgearbeiter vgl. RAG in Arb.R.Samml. Bd. 15, S. 28 mit Anm. von Dersch.

[48]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 23; Über die heutigen Anschauungen in einem Teil der Wissenschaft vgl. besonders Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 79 ff., darüber auch unten 2. Teil, II, 1 a und b.

[49]) Vgl. Dersch in „Der Soz. Vers. Beamte", 1934, S. 2; in Kaskel-Dersch, S. 21.

dienstes mit den Angehörigen der Wehrmacht erfolgt. Insbesondere stehen heute auch unzweifelhaft die Führer des Arbeitsdienstes in einem öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis. —

Im begrifflichen Gegensatz zum Arbeitnehmer steht im bisherigen Recht der Arbeitgeber (Dienstberechtigte). Und zwar muß dieser Inhaber eines eigenen Betriebes sein. Er muß in der Arbeitsleistung selbständig, von keinem Bestimmungs- und Anweisungsrecht abhängig sein und er muß Träger des Risikos für sein Unternehmen sein. Dieser Arbeitgeber ist andererseits Träger des Rechts auf Arbeitsleistung. Zwischen ihm und dem einzelnen Arbeitnehmer wird der Arbeitsvertrag abgeschlossen. Damit wird jedoch nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die einzelnen Zuständigkeiten und Aufgaben des Arbeitgebers nicht im übrigen verschiedenen Personen zustehen könnten. Wenn also z. B. der Arbeitgeber zwar unbedingt Träger des Anspruchs auf Arbeitsleistung aus dem Vertrage ist, so kann doch als Träger der Befehlsgewalt und als unmittelbarer Vorgesetzter dann eine andere Person auftreten, wenn der Unternehmer das Recht auf Leitung des Betriebes nicht selbst ausübt oder es ihm nicht selbst zusteht [50]). Grundsätzlich ist hier die Rechtslage auch nach dem AOG die gleiche geblieben. Denn Berechtigter des Anspruchs auf Arbeitsleistung ist auch heute uneingeschränkt der Unternehmer (der frühere Arbeitgeber). Träger des Entscheidungsrechts ist jedoch heute der Führer des Betriebes, nicht aber auch der Unternehmer, der nicht zugleich Führer des Betriebes ist [51]). Darüber soll im einzelnen noch gesprochen werden (3. Teil, B II und 2. Teil, I. 2 b). —

II.

Die geschichtliche Entwicklung bis zum Erlaß des BGB.

Der Arbeitsvertrag hat in seiner rechtlichen Gestaltung einen langen Entwicklungsgang hinter sich. Wenn er auch erst in heutiger Zeit durch das im Gefolge der Industrialisierung in ungeheurem Maße zunehmende Industrie-Arbeitertum diese für das Leben des Volkes so große und wichtige Bedeutung bekam, so hat es doch bereits in geschichtlichen Zeiten einen Arbeitsvertrag gegeben, der als Wurzel des heutigen anzusehen ist [52]). Auf die älteste Entwicklungsstufe einer gewerblichen Erwerbsarbeit braucht hier nicht eingegangen zu werden. Zu beachten ist aber die Entwicklung des Arbeitsverhältnisses im alten Rom, wo der Arbeitsvertrag eine besondere rechtliche Regelung erfuhr, die dann später in maßgebenden Grundsätzen — vor allem aber deren Geist — durch die

[50]) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 74.
[51]) So Dersch in AOG, S. 30 u. v. a. —
[52]) Vgl. hierzu: Kohler, in Zeitschr. f. vergl. Rechtswissensch., Bd. 29, S. 427 ff.; Preyer, Die geschichtliche Entwickl. des Arbeitsverhältnisses.

Rezeption und durch das spätere gemeine Recht in das deutsche Recht übernommen wurde.

Den Gedanken des Nationalsozialismus entsprechend aber ist es andererseits notwendig, die Entwicklung im alten deutschen Recht zu verfolgen, die durch die Rezeption im wesentlichen beendet wurde und die sich nur im geringen Ausmaße in Nebenrechten fortsetzen konnte. Gerade aus diesem alten deutschen Rechtsgut und dessen Rechtsgedanken können und müssen wir die Richtlinien für unsere heutige Umgestaltung des deutschen Rechts, insbesondere des Arbeitsrechts entnehmen. Denn es ist die höchste Aufgabe der nationalsozialistischen Rechtserneuerung, das deutsche Recht von den Einflüssen und den Gedanken fremden Rechts völlig zu säubern und dafür wieder eindeutig deutsche Rechtsgedanken zur Grundlage unseres gesamten Rechts zu machen. Gerade durch eine Gegenüberstellung der altdeutschen und der römischen-gemeinrechtlichen Rechtsentwicklung und der Erkenntnis ihrer Auswirkungen können wir diese Aufgabe am besten lösen und vor allem uns auch vor falschen und geschichtlich nicht zu belegenden Anwendungen und Annahmen sichern. —

1. Die Entwicklung im römischen Recht.

Im römischen Recht liegt dem Arbeitsverhältnis die „locatio conductio operarum" zugrunde: Die Überlassung einer Arbeitskraft, die der locatio conductio rei (Gebrauchsüberlassung einer Sache) rechtlich gleichgestellt war. Man mietete die Arbeitskraft des freien Mannes ebenso wie die des Sklaven oder die eines Tieres. Es herrschte der Grundsatz des Umsatzes von Gebrauch gegen Geld. Damit zeigt sich, daß es sich um einen ausschließlich nach dem Obligationenrecht geregelten Vertrag ohne jeden personenrechtlichen Einschlag handelte [53]). Diese Behandlung des Arbeitsverhältnisses des freien Mannes hängt mit der ganzen Sozialverfassung und der sozialen Entwicklung des römischen Staatswesens zusammen. Die wirtschaftliche Arbeit wurde des Erwerbs wegen anfangs in der Hauptsache von Sklaven verrichtet und wurde daher — wie in der Antike überhaupt — des freien Mannes für unwürdig erachtet. Dauernde Arbeit des Erwerbs wegen für einen anderen schloß daher ohne weiteres den Zustand der Unfreiheit in sich [54]). Mit dem Sklaven wurde kein Vertrag geschlossen, er wurde als mobile Sache gekauft und verkauft und auch dementsprechend verwendet. Er ist also lediglich Rechtsobjekt, die Arbeit ein der Gebrauchsüberlassung fähiges Sachgut. Dem Herrn steht die ausschließliche und unumschränkte Verfügungsmacht über ihn und seine Arbeitskraft zu.

Später aber entwickelte sich langsam der freie Arbeitsvertrag.

---

[53]) Hueck - Nipperdey, S. 125; Kaskel - Dersch, S. 142; Sinzheimer, Grundzüge, S. 121; Molitor, in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 87, S. 374; v. Gierke, „Wurzeln" S. 37.

[54]) Vgl. Preyer, a. a. O., S. 9 ff.; v. Gierke, „Wurzeln", S. 38.

Also ein Vertrag, durch den sich ein selbständiges Rechtssubjekt dem anderen gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichten konnte. Dieser Vertrag, die locatio conductio operarum, bei der die Arbeit als solche gegen Entgelt zugesagt wurde, entspricht aber nicht der heutigen Auffassung des Arbeitsvertrages. Es handelte sich nicht so sehr um einen eigenen Arbeits-„Vertrag", sondern vielmehr um eine Arbeits- bezw. Dienst-„Miete", die mit der Sachmiete unter demselben Gattungsbegriff stand.

2. Die Entwicklung im alten deutschen Recht.

Ganz anders war die Entwicklung im alten deutschen Recht. Auch hier wurden zwar ursprünglich Unfreie zur Arbeit verwendet, aber im Gegensatz zur römischrechtlichen Entwicklung hat sich im alten deutschen Recht der Arbeitsvertrag nicht in Anlehnung an die der Arbeit des Unfreien entsprechende Regelung herausgebildet, sondern er wurzelt hier im Personenrecht. D. h. der Ausgangspunkt seiner Entwicklung war ein eigenartig gestaltetes personenrechtliches Verhältnis zwischen rechtlich freien Männern, der Treudienstvertrag [55]). Seine älteste Form zeigt sich in dem Vertrag des Gefolgsmannes mit dem Gefolgsherrn, dem man seit der fränkischen Zeit dann in verschiedenster Ausgestaltung (Kommendation) begegnet [56]). Der Treudienstvertrag, der heute immer wieder erwähnt wird als Vorbild für die Neugestaltung des Arbeitsverhältnisses, ist Selbsthingabe in fremde Munt, jedoch unter Vorbehalt der Freiheit, gegen Zusage dauernden Schutzes und Unterhalts. Eine Aufgabe der Rechtspersönlichkeit des sich in fremde Munt begebenden Dienstmannen erfolgte also nicht. Dieser Treudienstvertrag ist, das ist das wesentlichste Unterscheidungsmerkmal gegenüber der römischrechtlichen Form der locatio conductio operarum, kein Schuldvertrag, er bedeutet keine Selbstverknechtung, sondern er ist ein gegenseitiger personenrechtlicher Vertrag, der unter ganz bestimmten feierlichen Formen geschlossen wird. Er begründet, wie Gierke [57]) es ausdrückt, ein Verhältnis von Herrn und Diener. Als Folgeerscheinung dieses Verhältnisses werden eine Reihe gegenseitiger Rechte und Pflichten hervorgerufen, die durch den einheitlichen obersten Begriff der gegenseitigen Treue zusammengefaßt werden. Trotz dieses ausgesprochen personenrechtlichen Charakters des Treudienstvertrages enthält er aber, vor allem in der Verpflichtung zu Dienstleistungen einerseits und zu Lohnzahlung andererseits, bereits die Elemente eines schuldrechtlichen Arbeitsvertrages in sich. Aus dem von ihm ge-

[55]) Brunner, 2, 1; S. 362.

[56]) Vgl. vor allem die Ausführungen v. Gierkes, Privatrecht, S. 593; Wurzeln, S. 40 ff.; außerdem Hueck-Nipperdey, S. 126 u. a.; Kaskel-Dersch, S. 142; vgl. weiter Loersch-Schröder-Perels, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts, 1912, Nr. 1 und 34. Neuerdings zu der ganzen Entwicklung: Oppermann in DAR 1934, S. 332 ff. mit vielen Schrifttumsangaben. Auch Denecke in DAR, 1934, S. 219 ff.

[57]) a. a. O., S. 41.

schaffenen personenrechtlichen Bande entspringt so bereits ein dauerndes Schuldverhältnis, da beiderlei Verpflichtungen auf vertragsmäßiger Übernahme durch angenommenes Versprechen beruhen und sehr oft im Einzelfalle durch Vereinbarungen näher bestimmt und begrenzt werden [58]). — Zum Verständnis dieses Charakters des Treudienstvertrages muß man sich vergegenwärtigen, daß ihm in diesem, seinem ersten Entwicklungsstadium nicht derartige Arbeiten oder ähnliche Arbeiten zugrundelagen, wie sie heute im Arbeitsvertrag zu regeln sind, sondern es handelte sich um Dienstleistungen höherer Art, die in ihm versprochen wurden, so vor allem um Kriegs- und Waffendienste. In Rom dagegen wurden nur niedere Dienste durch die Dienstmiete geregelt, während die höheren Dienste, — weil es ursprünglich als „unanständig" galt, Lohn oder Entgelt oder einen ähnlichen Gegenwert auszudingen — in Honorar-, Freidienst — oder Anstellungsverträgen gesondert geregelt wurden [59]). Mit dem Treudienstvertrag verbunden war dementsprechend auch meistenteils die Aufnahme in die Hausgemeinschaft des Herrn, wodurch er einem familienrechtlichen Vertrage gleicht. Es waren also nicht, wie das in Rom schon eher der Fall war, Arbeiter oder Dienstleistende im heutigen Sinne, sondern es handelte sich bei den Personen des Treudienstvertrages um freie Männer, die vor allem des Waffenhandwerks wegen in die Dienste und die Gefolgschaft eines angesehenen und mächtigen Herrn traten und damit in dessen Schutz. Sie gingen mit ihm eine persönliche Bindung ein, oft auf Lebenszeit, (so bei der Vasallität), die dem Herrn eine Befehls- und Zuchtgewalt verschaffte und den Gefolgsmann zu Gehorsam und Dienstleistungen verpflichtete, ihn auch einer dauernden Freiheitsbeschränkung unterwarf. Eine unverbrüchliche gegenseitige Treue bestimmte dieses persönliche Verhältnis der Mannen zum Herrn, den sich die Gefolgsmannen aus freier Entschließung heraus gewählt hatten, oft aus dem Motiv heraus, in seinem Gefolge besondere Ehren und Ruhm gewinnen zu können [60]). Die Unterhaltspflicht des Herrn trat daher neben diesen hervorragenden Merkmalen des Treudienstvertrages als selbstverständlich zurück. Bestimmend war eben in jeder Hinsicht, daß die Gefolgsmannen nicht der Verwertung ihrer Arbeitskraft wegen und um sich auf diese Weise ihren Unterhalt zu verdienen, in die Gefolgschaft und die Dienste des Herrn traten, sondern der Person des Herrn wegen, womit eben ohne weiteres ein Recht auf Schutz, Unterhalt und Vertretung verbunden war. Diese Rechte waren Ausfluß der persönlichen Rechtsstellung.

[58]) v. Gierke, „Wurzeln", S. 41, Privatrecht, S. 294. Ein Versprechen der Dienstleistung ist im Treuversprechen dessen, der sich in fremde Munt begibt, ohne weiteres enthalten. Oft wird es jedoch besonders abgegeben. (vgl. Form. Marc. I, 18); so verspricht der antrustio trustem (Gefolgschaftsdienst) et fidelitatem.

[59]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, § 404, Anm. 1—3.

[60]) Vgl. Sachsenspiegel, III, 84, § 2; III, 78, bes. §§ 3 u. 4: über die Gegenseitigkeit von Mannen- und Herrentreue.

Mit der ganzen fortschreitenden Entwicklung des Volkes hängt es zusammen, daß der Treudienstvertrag dann mit seiner wachsenden Verbreitung in immer steigendem Maße die Funktionen eines entgeltlichen Arbeits- und Dienstvertrages erfüllen mußte[61]). Durch ihn wurde die auf vertragsmäßiger Grundlage beruhende besoldete freie Arbeit in das Rechtsleben eingeführt. Das wesentlichste Ergebnis dieser geschichtlichen Betrachtung für unser Problem ist die Feststellung des Übergangs dieses Treudienstvertrages[62]) — eben durch die Anpassung an veränderte soziale und wirtschaftliche Zustände bedingt —, in einen deutschrechtlichen schuldrechtlichen Dienst- oder Arbeitsvertrag, der seinem Wesen nach einen Vergleich mit den heutigen Verhältnissen und Parallelen zu den heutigen Begriffen Arbeit und Arbeiter zuläßt. Denn im Laufe der Zeit, als auch die Dienste und die Arbeit niederer Art in größerem Umfange geregelt werden mußten, verschwand der Treudienstvertrag in seiner echten Form; er ging einerseits in den sachenrechtlichen Lehnsvertrag über, der hier außer Betracht gelassen werden kann, andererseits aber bildeten sich das Versprechen von Dienstleistung und das Gegenversprechen von Vergütung zum primären Inhalt des Vertrags um. Diese letztere Entwicklung interessiert hier, denn damit war die Umwandlung vom personenrechtlichen Verhältnis zum überwiegend schuldrechtlichen Vertrag innerhalb des deutschen Rechts vollzogen[63]). Diese Entwicklung des deutsch-rechtlichen Arbeitsvertrages ist nicht durch irgendwelchen fremdrechtlichen, vor allem römischrechtlichen Einfluß bedingt worden, sondern einzig und allein durch die fortschreitende Entwicklung des Volkes und seiner Lebensbedürfnisse, sowie der ganzen damaligen Wirtschaftsentwicklung. Im übrigen ist auch die Feststellung berechtigt, daß der Gedanke „Schuldvertrag" erst durch die als Folge der Rezeption aufgetretene Gleichsetzung und Identifizierung mit dem Vertrag des römischen Obligationenrechts insofern gelitten hat, da sehr oft heutzutage der Begriff Schuldvertrag die Meinung hervorruft, als handle es sich um eine dem römischen Recht, und nur diesem eigene, diesem entstammende Rechtseinrichtung. Es wird also vergessen, daß auch oder nur das deutsche Recht den Begriff eines „Schuldvertrages" kennt. Denn der Gebrauch der Begriffe Schuldrecht und Schuldvertrag für Obligationenrecht und „obligatio" und vor allem die Beibehaltung der deutschen Worte mit römisch-rechtlichem Inhalt haben die großen Unterschiede, die zwischen dem deutschrechtlichen Schuldrecht und

[61]) v. Gierke, Wurzeln, S. 42.

[62]) Über die ganze Entwicklung des Treudienstvertrages vgl. Brunner, S. 349 ff. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, IV. S. 234 ff.; Roth, Feudalität, S. 212 ff. und die dort angegebenen Quellen. Neuerdings: Ebel, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, 1934. Oppermann in DAR, 1934, S. 332 ff.; Herbst in DAR, 1935, S. 181 ff.

[63]) Vgl. v. Gierke, Wurzeln, S. 43, 44. Dagegen: Siebert, in „Arbeitsverhältnis", S. 51, Anm. 3. Vgl. auch: Ebel, a. a. O., S. 112. Vgl. über den Entwicklungsgang: Brunner II, S. 273, Anm. 92: lex Rib. 31, 1: „ingenuus in obsequio".

dem römischrechtlichen Obligationenrecht in vieler Hinsicht bestehen, verwischt [64]). Eine Folge dessen ist es, wenn gerade heute bei der Erneuerung des Arbeitsvertrages von vielen die Form des Schuldvertrages für das Arbeitsverhältnis deshalb abgelehnt wird, weil diese Form angeblich aus dem römischen Recht stammt. Die Besonderheit des deutschrechtlichen Dienst- oder Arbeitsvertrages schuldrechtlichen Charakters, der sich aus dem Treudienstvertrag entwickelt hat, zeigt sich gegenüber dem römischrechtlichen Dienstvertrag des Obligationenrechts, der locatio conductio operarum, insbesondere in der Beibehaltung personenrechtlicher Elemente. Der personenrechtliche Inhalt wurde mit der Entwicklung des Treudienstvertrages zu einem schuldrechtlichen Arbeitsvertrag nicht abgestreift, sondern gab ihm weiterhin sein besonderes Gepräge. Nur war jetzt die personenrechtliche Über- und Unterordnung nicht mehr Grund, sondern Folge des Dienstverhältnisses und sie trat nur ein, soweit und weil das Dienstverhältnis es mit sich brachte. Die personenrechtlichen Wirkungen: Treue, Fürsorge, Schutz, Gehorsam, Vertretung bleiben daher dem deutschrechtlichen Dienstvertrag, der an sich primär auf Arbeitsleistung gegen Entgelt gerichtet war, während seiner ganzen Entwicklung erhalten [65]). — Diese deutschrechtliche Arbeitsvertragsform bildete sich zuerst als voll ausgeprägter Typus seit dem 13. Jahrh. im Recht des Gesindes aus. Der Gesindevertrag zeigt bereits in vielen mittelalterlichen Quellen die scharf ausgeprägte Gestalt eines entgeltlichen Arbeitsvertrages schuldrechtlichen Charakters. Denn „so kräftig die Stellung des freien Gesindes durch die Eingliederung in die Hausgemeinschaft und die damit verbundene Unterwerfung unter die hausherrliche Gewalt bestimmt bleibt, so wurde doch als Grundlage des ganzen Verhältnisses das gegenseitige Versprechen von Dienst und Lohn aufgefaßt" [66]). Es sei hier als Beispiel für die Behandlung des Gesindevertrages und damit des Arbeitsvertrages [67]) in der damaligen Entwicklungsperiode des deutschen Rechts eine Stelle aus dem Kleinen Kaiserrecht, II, 28, angeführt:

> „ein iglich man, dem got hat beschert, daz er hat gesinde, beide magede und knechte, der enhat keyn recht uber sie nit dan alz vil als im ir dienst gevellet um sinen lohn" — [68]).

---

[64]) Vgl. über die Unterschiede die Ausführungen: Staudinger-Nipperdey, II. Bd. 1. 7, S. 3; wo auf die verschiedene Bedeutung der Worte „obligatio" und „Schuldverhältnis" (dem letzteren fehlt der Zwangsgedanke!) hingewiesen ist. Außerdem: v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I u. II; v. Gierke in Jher. Jahrb., Bd. 64, S. 355 ff.

[65]) v. Gierke, Wurzeln, S. 37 ff. insbes. S. 44.

[66]) v. Gierke, Privatrecht, S. 295; vgl. auch insbes. Herz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, 1879, S. 5 ff.; Könnecke, Rechtsgeschichte des Gesindes in West- und Süddeutschland, 1912, S. 239 ff.

[67]) Denn ohne Zweifel ähnelt die vom Gesinde geleistete Arbeit, da es sich um Handarbeit handelt, mehr der heute von abhängigen Arbeitern geleisteten Arbeit, als die dem Treudienstvertrage zugrundeliegende Dienstleistung, die meistenteils Waffendienst war.

[68]) Vgl. hierzu Sachsenspiegel, II, 32 §§ 1, 2, 3; 33.

In ähnlicher Weise wie der Gesindevertrag bildete sich in den Städten der gewerbliche Arbeitsvertrag aus[69]), wie denn überhaupt neben dem personenrechtlichen Merkmal ein wesentlicher Zug der deutschrechtlichen Entwicklung, der für die heutige Neugestaltung ebenfalls von großer Bedeutung ist, die schon früh hervortretende Spezialisierung der Arbeitsverträge nach der Art der zu leistenden Arbeit ist. Über die einzelnen Arten soll später noch gesprochen werden. — Allen diesen Verträgen aber ist gemein das Wesen des deutschrechtlichen Arbeitsvertrages schuldrechtlichen Charakters. Die Verpflichtung zur persönlichen Arbeit beruht auf dem freien schuldrechtlichen Versprechen bestimmter Arbeitsleistungen und wurde durch das Versprechen einer Vergütung als Gegenleistung bedingt[70]). Dieser Vergütung wegen — man beachte gerade dieses Merkmal als Veranlassungsgrund des Vertragsabschlusses gegenüber dem Beweggrund, der das Eingehen des Treudienstvertrages bewirkte — ging man jetzt den Arbeitsvertrag ein. Man sprach daher von einem „Dingen um Lohn", einer „Miete" oder „Heuer" in den verschiedenen Berufszweigen. Der Dienende „verdingt", „vermietet" oder „verheuert" sich[71]). Es darf bei diesen Ausdrücken aber nicht daraus geschlossen werden, weil diese Ausdrücke auch in der Sachmiete gebräuchlich sind, daß der deutschrechtliche Dienst- bezw. Arbeitsvertrag aus der römischen Sachmiete oder in Anlehnung an sie entstanden sei. Miete ist ethymologisch gleichbedeutend mit Gabe, Preis, Entgelt, also hier nur in dieser Bedeutung gebraucht[72]). — Wenn daher auch der deutschrechtliche Arbeitsvertrag aus dem rein personenrechtlichen Treudienstvertrag in volkseigener Rechtsentwicklung zu einem dem Charakter nach schuldrechtlichen Vertrag geworden ist, so ist er doch immer im Einklang geblieben mit seiner Herkunft. Es blieb ihm vor allem die Herstellung eines den „Herrn" und den „Dienenden" verbindenden Treubandes begrifflich immer erhalten[73]).

3. Die Wirkung der Rezeption und die Entwicklung im gemeinen Recht.

Durch die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurde der geschilderte Rechtszustand bezüglich der Regelung des

[69]) Vgl. v. Gierke, Genossenschaftsrecht, I, S. 403 ff. Dazu: v. Maurer: Geschichte der Städteverfassung, III, S. 236 ff. — Vgl. Lübecker Urk. Buch, I, 303 ff.; (Urkunde von 1270); II, 1081; Freiburger Urk. Buch, II, 84; I, 301; II, 359 (Werkmeistervertrag). [70]) v. Gierke, Wurzeln, S. 42.

[71]) Vgl. Glosse zum Sachsenspiegel II, 33: „Unterscheyde diss: entzwer eyner vormytet s i c h s e l b e r oder sein arbeit. Vormiet ehr sein erbeyt, da magk er eynen anderen zuschicken. Vormyet ehr sich selber, so en darf er es bey pflicht nicht thun".

[72]) Vgl. v. Gierke, Wurzeln, S. 5; Privatrecht, S. 596.

[73]) Vgl. jedoch über die Entwicklung im englischen germanischen Recht Heymann, Enzykl. 7, II, S. 836 ff. wonach dort der Dienstvertrag stets ein personenrechtlicher Vertrag geblieben ist und mit der Ehe, Kindschaft, Vormundschaft usw. unter derselben Kategorie der „rights in private relations" außerhalb des Schuldrechts geregelt ist.

Arbeitsverhältnisses zunächst nicht wesentlich geändert. Denn in der Praxis waren für fast alle wichtigeren Berufe, wie bereits erwähnt, besondere Formen des Arbeitsvertrages ausgebildet, die in Sonderrechten geregelt waren, also von der Rezeption nicht berührt wurden, und da sie dem gemeinen Recht vorgingen, in ihrer deutschrechtlichen Form erhalten blieben [74]). Von der Theorie wurden aber die römischrechtlichen Formen der locatio conductio operarum übernommen und die „Dienstmiete" wurde im Anschluß an das römische Recht mit der „Sachmiete" zu einem Gattungsbegriff zusammengefaßt. Dementsprechend erschöpfte sich die Dienstmiete, die an die Stelle des deutschrechtlichen Dienstvertrages trat, völlig in rein obligationenrechtlicher Wirkung. Vor allem hielt an dieser Auffassung des Arbeitsverhältnisses die gemeinrechtliche Wissenschaft fest [75]). — Diese stark ausgeprägte römischrechtliche Theorie blieb aber nicht gänzlich ohne Einfluß auf die Praxis, vor allem hatte sie Einfluß außerhalb der Sonderrechte, sodaß im gemeinen Recht doch immerhin das römische Recht herrschend wurde. So konnte noch im Jahre 1880 das Reichsgericht sagen [76]): ..... bei der nahen Verwandtschaft der Dienstmiete mit der Sachmiete .... sind die für die Sachmiete geltenden Grundsätze (römischrechtlichen Charakters und römischrechtlichen Ursprungs) analog anzuwenden ....". — Von den großen Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhunderts folgte dem gemeinrechtlichen Schema vor allem der code civile von 1804, der an der römischrechtlichen Zuweisung der Arbeitsverträge zur Miete festhielt [77]). Aber die deutschen Gesetzbücher entfernten sich bereits von dieser Auffassung und hielten sich im großen Ganzen wieder an die in den Sonderrechten erhalten gebliebenen Formen des deutschrechtlichen Dienstvertrages. Das preußische ALR von 1794 sucht so zu einem einheitlichen, von der Miete vollständig getrennten Gattungsbegriffe des entgeltlichen Arbeitsvertrages zu gelangen [78]). In den meisten dieser Kodifikationen jedoch war die Regelung des Arbeitsvertrages sehr dürftig. Immerhin hatte aber der deutschrechtliche Gedanke, daß alle Arbeit Betätigung der freien Persönlichkeit und jede Arbeit ehrenvoll, jede Arbeit aber auch ihres Lohnes wert sei, in diesen Gesetzen den Sieg über die römische Auffassung, daß die Ausbedingung eines Lohnes „unanständig" und des freien Mannes unwürdig sei, davongetragen [79]).

[74]) Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 127. Siehe nächsten Abschnitt.

[75]) Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten, § 399: „Die Miete ist gerichtet auf den Umsatz von Gebrauch gegen Geld. Die Miete, welche den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat, heißt Sachmiete; die Miete, welche den Gebrauch einer Arbeitskraft zum Gegenstand hat, heißt „Dienstmiete".

[76]) RGE, Bd. 3, S. 181.

[77]) Vgl. a. 1708, 1710—11, 1779—1791.

[78]) Vgl. ALR, Rubrik der „Verträge über Handlungen, I, 11, § 869 ff., 894 ff. — Ähnlich die Regelung im Österr. Allg. Bürg. Gesetzbuch von 1811, unter der Rubrik „von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen", § 115 ff.; Schweizer Obl. Recht, a. 338—349, neues: a. 319—362.

[79]) v. Gierke, Privatrecht, S. 597.

4. Die Bedeutung der Sonderrechte.

Es ist bereits erwähnt worden, daß ein charakteristischer Zug des deutschen Rechts die Spezialisierung der Arbeitsverträge für die einzelnen Berufsstände war. In ihnen blieb die deutschrechtliche Arbeitsvertragsgrundform erhalten. Da im römischen Recht wegen der ausgedehnten Sklavenwirtschaft des Altertums nicht genügend Anhaltspunkte für eine differenzierte Ausbildung einzelner Arbeitsvertragsformen nach der Art der zu leistenden Arbeit gegeben waren, konnte es auf diese Sonderrechte, wie Gesinde-, Berg-, Seerecht, keinen Einfluß gewinnen. Diese wurden deutschrechtlich weitergebildet, d. h. es blieb vor allem in ihnen der starke personenrechtliche Einschlag erhalten. Ihre Ausbildung erfuhren sie in der Hauptsache in den Partikularrechten. Neben dem Gesindevertrag ist von großer Bedeutung für die heutigen Probleme die Entwicklung eines umfassenden Sonderrechts des gewerblichen Arbeitsvertrages aus den deutschrechtlichen Quellen des Mittelalters. Es verlieh vor allem der vertragsmäßig vollzogenen Eingliederung der betr. Person in eine aus Haupt und Gliedern (Führer und Gefolgschaft) bestehende Berufsgemeinschaft Ausdruck. Die alte genossenschaftliche Arbeitsordnung, die sich uns besonders in den alten Zunftsatzungen darstellt, wurde jedoch im Laufe der Entwicklung des Wirtschaftslebens — zur Zeit des Absolutismus und des Merkantilismus — wie das gesamte übrige Wirtschaftsleben mehr und mehr durch eine weitgehende obrigkeitliche Beaufsichtigung und Bevormundung ersetzt. Es ist eben die jeweilige Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftspolitik auch für die Gestaltung des Arbeitsvertragsrechts in den verschiedenen Zeiten von größter Bedeutung gewesen. Gerade aber der Absolutismus brachte vielfach eine behördliche Regelung der Löhne und der sonstigen Arbeitsbedingungen mit sich, die in sozialer Hinsicht große Fortschritte bedeuteten und für das moderne Arbeitsrecht in mancher Weise Vorbild sein könnte [80]). Die gleiche Entwicklung wie das gewerbliche Sonderrecht, vor allem das Bergrecht, ging auch das Recht der Handwerksgesellen und später das der Fabrikarbeiter. —

Das 19. Jahrh. führte dann aber unter der Herrschaft der Gedanken des wirtschaftlichen Liberalismus zur Abkehr von der polizeistaatlichen Regelung des Arbeitsverhältnisses und im Gefolge der Gewerbefreiheit zu einem Eindringen des individualistischen Gedankens auch in die Gebiete der Sonderrechte. Dadurch wurde der Arbeitsvertrag der freien Einzelvereinbarung überlassen und zugleich einem reinen Schuldvertrag angenähert. So entstand der moderne „freie Arbeitsvertrag" des liberalistischen Zeitalters. Die Auffassung des Arbeitsvertrages als eines rein vermögensrecht-

---

[80]) Vgl. Menzel, Zeitschr. f. d. Priv. u. Öffentl. Recht der Gegw. Bd. 28, S. 494 ff.

lichen Austauschgeschäftes von Arbeit und Lohn trat in den Vordergrund. Somit näherte man sich, wozu die bereits geschilderte gemeinrechtliche Wissenschaft viel beitrug, aus diesen materialistischen Anschauungen des Liberalismus heraus der römischrechtlichen Gestaltung des Arbeitsvertrages, denn auch diesem war eine starke individualistische Tendenz charakteristisch [81]).

Immerhin aber konnte sich die deutschrechtliche Form des Arbeitsvertrags in den Sonderrechten am längsten ungehindert erhalten und weiter entwickeln. Zum Teil blieben deutschrechtliche Gedanken in ihnen auch während der Zeit des Liberalismus erhalten. So können wir uns gerade heute diese Sonderrechte als Vorbild nehmen, wenn wir die Neugestaltung des Arbeitsverhältnisses im Sinne altdeutschrechtlicher Rechtsanschauungen und Rechtsgedanken vornehmen wollen. Es bleibt aber die Aufgabe, die Einflüsse des römischen Rechts einerseits und der liberalistischen Rechtsgedanken andererseits zu beachten und zu erkennen, dann aber diese Einflüsse zu beseitigen und sie wieder durch die ursprünglichen volkseigenen Rechtsgedanken zu ersetzen.

III. Das Recht und die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages im vornationalsozialistischen Recht.

Die neuzeitliche Entwicklung des Arbeitsvertrages ist durch die Ende des 19. Jahrh. in größtem Umfange einsetzende Industrialisierung, das damit verbundene gewaltige Anwachsen des Industriearbeitertums bestimmt worden, wodurch sich völlig veränderte soziale Verhältnisse und gewaltige soziale Probleme ergaben. Der Arbeitsvertrag des in abhängiger Arbeit stehenden, zum Zwecke seiner Lebenserhaltung auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesenen Industriearbeiters wurde immer mehr zur Massenerscheinung des täglichen Lebens. In diese Zeit fiel nun der Erlaß des BGB. Einen eigenen einheitlichen Begriff des Arbeitsvertrages brachte es nicht. Es enthielt vielmehr eine Reihe von Verträgen, die irgend eine Arbeitsleistung zum Gegenstand haben, die aber, — von geringen Ausnahmen, wie z. B. § 618 BGB., abgesehen —, nicht unmittelbar auf dieses eigenartige Sozialverhältnis zugeschnitten waren, sondern auch Arbeitsleistungen und Dienstleistungen umfaßten, die nicht einem derartigen sozialbestimmten Arbeitsverhältnis entsprangen. Dazu stand der erste Entwurf zum BGB stark unter römischrechtlichem Einfluß, was sich besonders auch bei den Verträgen, die eine Arbeitsleistung zum Gegenstand haben, bemerkbar machte. Dieser Einfluß wurde auch dann nicht gänzlich beseitigt, als — in bezug auf das Dienstvertragsrecht —

[81]) v. Gierke, Privatrecht, S. 599; Hueck-Nipperdey, S. 129 u. a.

unter dem Einfluß der von deutschrechtlicher Seite geübten Kritik [82]) — doch noch die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag nach der deutschrechtlichen Seite hin erweitert wurden. Sie kommen vor allem in den Bestimmungen der §§ 616—619 zum Ausdruck. Damit kündigte sich in dieser Weise bereits die Berücksichtigung des Arbeitsverhältnisses der in abhängiger Arbeit stehenden Arbeiter an. Trotzdem waren die vorhandenen Bestimmungen recht dürftig und konnten den in sozialer Hinsicht an sie zu stellenden Ansprüchen bezüglich des Arbeitsverhältnisses nur notdürftig genügen. Die Meinungen über den Wert der Vorschriften des BGB über den Dienstvertrag bezüglich der Regelung des Arbeitsverhältnisses waren aus diesen Gründen sehr geteilt. Vor allem führten die liberalistischen Gedanken und Anschauungen der damaligen Zeit zu einer Ausdeutung dieser Dienstvertragsbestimmungen, die nur dem Zwecke dienten, den „freien" Arbeitsvertrag als Vertragsverhältnis rein schuldrechtlichen Charakters, d. h. als eines rein vermögensrechtlichen Austauschgeschäftes von Arbeit gegen Lohn hinzustellen. So näherte sich die Gestaltung des Arbeitsvertrags der römischrechtlichen Auffassung, insbesondere weil auch eine ebenfalls dem römischen Recht innewohnende starke individualistische Tendenz mit diesen Anschauungen verbunden war. Es ergaben sich daher aus dieser unvollkommenen und unbefriedigenden Lösung bald immer stärkere Mißstände in der Praxis, sodaß einerseits weitgehende staatliche Eingriffe in die Regelungen der Arbeitsbedingungen erforderlich wurden, andererseits es immer mehr zu einer kollektiven Regelung der Arbeitsbedingungen kam. Der Arbeitsvertrag wurde im Laufe der Zeit dementsprechend vor allem durch öffentlichrechtliche Arbeitnehmerschutzbestimmungen und zwingende, kollektive Vorschriften bestimmt, den Vereinbarungen der Vertragsbeteiligten somit immer mehr Grenzen gesetzt.

1. Die Regelung des Arbeitsvertrages nach den Bestimmungen des BGB.

In der Wissenschaft teilten sich nun, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Arbeitsverhältnisses nicht vorhanden war, die Meinungen über die Art, das Wesen und den Inhalt des Arbeitsvertrages. Die weitaus herrschende Lehre hielt die Form eines Arbeitsvertrages im Sinne des Dienstvertrages des BGB für gegeben [83]). Jedoch wurde, dem speziellen Wesen des Arbeitsvertrages entsprechend, schon bald eine Abgrenzung und Unterscheidung gegenüber dem selbständigen Dienstvertrag des BGB vorgenom-

[82]) Vgl. v. Gierke, Der Entwurf eines Bürg. Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 245; von Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, in Arch. f. soz. G. 1889, S. 160.

[83]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 140; Hueck-Nipperdey, I, S. 108; Sinzheimer, Grundzüge, S. 119; Oertmann, S. 10 ff.; Nikisch, Grundformen, S. 85 ff., der jedoch abweichend von einem „Anstellungsvertrag" spricht.

men. Eine absolute Identifizierung der beiden Verträge, d. h. also die Bejahung einer grundsätzlichen Übereinstimmung des im BGB geregelten Dienstvertrages und aller seiner Bestimmungen mit dem Arbeitsvertrag geschah in den wenigsten Fällen. Vielmehr wurde auch von den Schriftstellern, die wegen des Fehlens einer besonderen Regelung des Arbeitsvertrages grundsätzlich die Bestimmungen des Dienstvertrages auf den Arbeitsvertrag anwenden wollten, immer mehr betont, daß die eigenartigen, den besonderen Charakter des Arbeitsverhältnisses betonenden Elemente personenrechtlicher Art und auch die aus den besonderen soziologischen Bedingtheiten sich ergebenden Merkmale des modernen Arbeitsverhältnisses den Arbeitsvertrag doch in wesentlichen Punkten von dem Dienstvertrag des BGB unterscheiden [84]). Es wurde so vor allem erkannt, daß infolge der Massenindustrialisierung und im Kampf mit dem Kapital eine Verschlechterung der Existenzbedingungen eingetreten war, die die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmerschaft in ganz erheblichem Maße steigerte. Ebenfalls wurde erkannt, daß der Arbeiter dieser Art durch den Arbeitsvertrag ganz anders ergriffen wird als irgendein Schuldner durch den Dienstvertrag des BGB, weil eben das Arbeitsverhältnis den ganzen Einsatz der Person erfordert und so besonders tief in das Leben des einzelnen Menschen eingreift [85]). Da auch in jedem Falle eine in gewisser Weise begründete Verfügungsmacht des Arbeitgebers über die Arbeitskraft des Arbeiters, die ein Stück seiner Persönlichkeit ist, durch den Arbeitsvertrag begründet ist, so wurde ein personenrechtlicher Einschlag des Arbeitsvertrages auch bei Anwendung und Zugrundelegung der Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag anerkannt und eine dementsprechende Auswertung dieser Bestimmungen verlangt. Vor allem wurden über die bereits in den §§ 616—619 BGB enthaltenen Fürsorgebestimmungen hinausgehende Fürsorgepflichten des Unternehmers, gegenseitige Treuepflichten, Direktionsbefugnis usw. für das Wesen des Arbeitsvertrages als wesentlich und bestimmend angesehen. Gerade erst durch diese dem deutschen Recht entstammenden Elemente erhalte der Arbeitsvertrag seine eigentümliche Klangfarbe und Wirkung, erst dadurch unterscheide er sich tatsächlich von dem gewöhnlichen Dienstvertrag des BGB, — obwohl auch er im Grunde ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag sei, — und vor allem von der römisch- und gemeinrechtlichen Form der Dienstmiete [86]). Es ist auch hier wieder insbesondere v. Gierke gewesen, der den Weg zu dieser Wesenserkennung des Arbeitsvertrages dadurch gewiesen hat, daß er auf die Gestaltung des Arbeitsvertrages im alten deutschen Recht hingewiesen hat und die Erkenntnisse aus dieser geschichtlichen deutschrechtlichen Regelung des Arbeitsverhältnisses den Betrachtungen bezgl. des heu-

[84]) Vgl. für viele: Kaskel-Dersch, S. 139 ff.
[85]) v. Gierke, Privatrecht, S. 609 ff.
[86]) Kaskel-Dersch, S. 137 u. a.

tigen Dienstvertrages und des heutigen Arbeitsvertrages zu Grunde legte. Auch er unterstellt den Arbeitsvertrag grundsätzlich den Bestimmungen des Dienstvertrages des BGB. Er sieht ihn also als gegenseitigen Vertrag des Schuldrechts an, der durch formfreie Willenseinigung zustande kommt und der auf die Verpflichtung des einen Teils zur Dienst- oder Arbeitsleistung, des anderen Teils zur Zahlung des Entgelts gerichtet ist [87]). Die wesentliche Verpflichtung des Arbeiters ist nach ihm die Leistung der versprochenen Arbeit [88]).

Neben diesen schuldrechtlichen Pflichten aber und durch diese begründet, stellt Gierke dann ein persönliches Herrschaftsverhältnis, das zur gegenseitigen Treue verpflichte [89]) und das sich daraus ergebe, daß der Arbeiter sich zu einer persönlichen Tätigkeit für die Zwecke und Bedürfnisse eines anderen verpflichtet, dem gegenüber er zum Gehorsam verpflichtet sei. Stärker trete diese persönliche bezw. personenrechtliche Gebundenheit durch den Dienstvertrag dann auf, wenn der Arbeiter durch diesen als dienendes Glied in eine herrschaftlich geleitete Gemeinschaft aufgenommen werde [90]). Was gerade für den Gedanken der heutigen Betriebsgemeinschaft von Bedeutung ist, ist die Feststellung Gierkes, daß z. B. die gewerblichen Arbeiter und Angestellten durch ihre Arbeitsverträge einem herrschaftlich organisierten Unternehmen eingegliedert werden und oft bezüglich der Regelung ihres Verhaltens einer autoritativen Arbeitsordnung unterworfen werden [91]).

Mit seinen Feststellungen gibt Gierke zu erkennen, daß auch der Dienstvertrag des BGB den Erfordernissen des abhängigen Arbeitsverhältnisses dann genüge, wenn man ihn über die rein positiven Bestimmungen hinaus und von diesen abgesehen in seinem Wesen erkenne. Trotz der weitgehenden personenrechtlichen Merkmale, vor allem der Treueverbundenheit des Arbeitsvertrages, sieht Gierke den Arbeitsvertrag aber — auch seiner deutschrechtlichen Herkunft entsprechend — wie bereits gesagt, nie als ausgesprochenes Personenrechtsverhältnis an, sondern er betont ganz ausgesprochen den schuldrechtlichen Grundcharakter und zwar d e n im Sinne des alten deutschen, schuldrechtlichen Dienstvertrages. Ebenso bestimme auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers — in der die personenrechtliche Seite der alten Verpflichtungen des Herrn, wie sie die Herrentreue bedingt, fortlebt, — das Wesen des Arbeitsvertrages, ändere aber nicht seinen grundsätzlichen Charakter als Vertrag des Schuldrechts [92]). —

Dieser Ansicht Gierkes pflichten die meisten Vertreter der Wissenschaft bei, die jedoch im einzelnen das eine oder andere Unterscheidungsmerkmal stärker betonen. Der zuweilen vertretenen Ansicht, daß der Arbeitsvertrag den Vorschriften des Werkvertrages unterliegen müsse, wird damit begegnet, daß der Arbeiter die

---

[87]) Privatrecht, S. 600.
[88]) Privatrecht, S. 607. [89]) a. a. O., S. 608.
[90]) a. a. O., S. 609. [91]) a. a. O., S. 610. [92]) a. a. O., S. 620.

Leistung von „Arbeit schlechthin", für fremde Rechnung, nicht aber die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verspricht. Gerade das für den Begriff des Arbeiters wesentliche Abhängigkeitsverhältnis zum Arbeitgeber, dem er zum Gehorsam verpflichtet sei, beweise, daß ein Wirken, nicht aber ein Werk geschuldet werde [93]). Gegenüber dem Kauf- und Mietvertrag liegt die Eigenart des Arbeitsvertrages in der Arbeitsleistung, während die Leistung in den beiden anderen Vertragsarten Sachleistung ist. Gerade darin, daß das BGB den Mietvertrag und den Dienstvertrag völlig getrennt hat, sieht Gierke das Abrücken des BGB von der römischrechtlichen Regelung, nach der es einen gesonderten Dienstvertrag nicht gab, sondern nach der die Bestimmungen der Sachmiete auch für die Dienstmiete Anwendung fanden. Aus allen diesen Gründen wurden von der herrschenden Lehre als positive Normen für den Arbeitsvertrag die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag angewandt, zur Ergänzung die allgemeinen Bestimmungen des BGB über gegenseitige Verträge. —

2. Die arbeitsrechtlich-sozialrechtlichen Lehrmeinungen.

Aus der besonderen soziologischen Bedeutung und Stellung des abhängigen Arbeitsverhältnisses und gestützt auf die Tatsache, daß die Vertragsarten des BGB den Erfordernissen dieses Arbeitsverhältnisses in keiner Weise völlig entsprechen könnten, haben einzelne Vertreter der Wissenschaft versucht, die rechtliche Lösung der Form des Arbeitsverhältnisses gänzlich vom BGB zu lösen und ihn nach seinen eigenartigen personenrechtlichen Merkmalen zu bestimmen. Vor allem ist hier Potthoff zu nennen. Er faßt den Arbeitsvertrag als sozialrechtliches Personenverhältnis auf. Was dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt würde, seien nicht einzelne, bestimmte, losgelöste Dienste, sondern die Arbeitskraft des Arbeiters. Derjenige, der kein eigenes Vermögen besitze, müsse sich daher selbst, um leben zu können, einem anderen zu Verfügung stellen. Im Arbeitsvertrag sei daher ein personenrechtliches Verhältnis entscheidend, und er falle daher nicht unter die §§ 611 ff. BGB [94]). Der Arbeiter begebe sich in die Verfügungsgewalt des Arbeitgebers, dieser werde Herr der Arbeitskraft des Arbeiters [95]). — Dieser Ansicht, daß der Arbeitsvertrag kein Dienstvertrag im Sinne des BGB sei, ist auch Harmsen gefolgt [96]). Im Dienstvertrage, der auf die gemeinrechtliche Dienstmiete und die locatio conductio operarum zurückgehe, seien die personenrechtlichen Elemente vollkommen untergeordnet [97]). Die Idee des Arbeitsvertrages aber sei,

---

[93]) Hueck-Nipperdey, S. 107; Kaskel-Dersch, S. 140/44; Oertmann, S. 10 ff.; Nikisch, S. 115, 194; Sinzheimer, S. 117 u. a.

[94]) Potthoff, in „Arbeitsrecht", 1922, Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? S. 267.

[95]) S. 273.

[96]) in „Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen", S. 73 ff. [97]) S. 75.

daß sich der ganze Mensch während der Arbeitszeit leiste. Der Arbeitsvertrag sei also ein personen-schuldrechtlicher Vertrag. Man könne aus dem BGB höchstens die personenrechtlichen Bestimmungen der §§ 616—619, nicht aber z. B. den § 615 anwenden, der rein schuldrechtlichen Begriffen entstamme [98]). Sowohl Potthoff wie Harmsen begründen ihre Ansicht hauptsächlich mit der erhöhten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im neuzeitlichen Arbeitsvertrag, die in den Bestimmungen des BGB keine ausreichende Stütze fände. — Wir sehen hier also bereits Anschauungen vertreten, die den heutigen des RAG sehr nahe kommen; vor allem haben diese Vertreter der Wissenschaft gerade aus sozialen Gründen den Arbeitsvertrag von dem im liberalistischen Wirtschaftssystem völlig römischrechtlich aufgefaßten Schuldrecht lösen wollen. Auch das RG und RAG trugen bereits damals der besonderen Eigenart des Arbeitsverhältnisses in ihren Entscheidungen Rechnung, sie entschieden jedoch in Zweifelsfragen oftmals gerade aus der personenrechtlichen Bindung von Arbeiter und Arbeitgeber heraus zuungunsten des Arbeiters. Sie schlossen die positiven Bestimmungen des BGB nicht völlig aus, unterstellten auch grundsätzlich den Arbeitsvertrag den Bestimmungen über den Dienstvertrag, schufen aber durch die Risikolehre weitgehende Durchbrechungen. Das Arbeitsverhältnis wurde so teilweise nach allgemeinen Grundsätzen — § 242 — geregelt, was dazu führte, daß die Rechtsprechung sehr uneinheitlich wurde [99]). Grundsätzlich aber geht das RG und das RAG von dem Standpunkt aus, daß das BGB das Arbeitsverhältnis von einem individualistischen Standpunkte aus betrachtet. Man müsse aber von einer „Sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" ausgehen [100]), die das RG allerdings merkwürdigerweise nur bei größeren Betrieben für gegeben erachtet. Der einzelne Mensch trete „als lebendiges Glied in die Arbeiterschaft und damit in die Gesamtorganisation des Betriebes", „dessen Ergebnis nicht mehr allein vom Unternehmer mit seinem Kapital und seinen Arbeitsmitteln, sondern in gemeinschaftlicher Zusammenarbeit von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen" werde, und auf dieser Grundlage müsse daher auch die Lohnzahlung erfolgen. — Es handelt sich also um Gedankengänge, die denen des späteren AOG keineswegs fremd sind, abgesehen von der unverständlicherweise nur bei größeren Betrieben bejahten Betriebsgemeinschaft [101]).

[98]) S. 80.

[99]) So sagte das RG in einer Entscheidung in Bensh. Samml., Bd. 8, S. 244: „Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis richten sich nicht nur nach den Bestimmungen des BGB, HGB und der Gewerbeordnung, sondern auch nach den diesen Gesetzen noch fremden sozialen und wirtschaftlichen Rechtsgedanken".

[100]) RGZ, Bd. 106, S. 272 ff.

[101]) Vgl. auch die Entsch. in Bensh. S. Bd. 1, 331; Bd. 2, 68, 135 ff., 229 ff.; Bd. 3, 116 ff., die ebenfalls von den Normen des BGB über den Dienstvertrag abrücken und die Lösung der das Arbeitsverhältnis betreffenden Fragen und Probleme aus den Anschauungen über das moderne

Wenn man aber alle diese Entscheidungen des RG und RAG näher besieht, erkennt man, daß die Außerkraftsetzung grundlegender positiver Bestimmungen des BGB durch die Rechtsprechung des RAG auf Grund allgemeiner, gesetzlich nicht niedergelegter, unbestimmter soziologischer Richtlinien der Risikolehre in der Anwendung nicht zu einer dem wirklichen Wesen und der wirklichen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses entsprechenden Regelung führte, sondern im Gegenteil durch die uneinheitlichen Folgerungen, die in den einzelnen Entscheidungen aus diesen Richtlinien gezogen wurden, einen Zustand der Rechtsunsicherheit bewirkten [102]).

3. Der Entwurf einer Erneuerung des Arbeitsverhältnisses.

Die geschilderten, keineswegs befriedigenden Zustände hinsichtlich der rechtlichen Regelung des Arbeitsverhältnisses und insbesondere das Fehlen speziell arbeitsvertraglicher, positiver Normen bewirkte bei der eine eindeutige Regelung verlangenden Bedeutung des Arbeitsverhältnisses, daß man sich mit der gesetzlichen Neuregelung des Arbeitsverhältnisses befaßte. Es wurden auch verschiedene Entwürfe fertiggestellt, die endlich zu der Aufstellung eines Entwurfs der „Kommission für ein einheitliches Arbeits-Gesetzbuch" führten [103]). Jedoch wurde dieser Entwurf, der im übrigen an der Form eines schuldrechtlichen Vertrages für den Arbeitsvertrag festhielt [104]), aber gegenüber den dürftigen Bestimmungen des Dienstvertrages, vor allem den sozialen Anforderungen der Zeit entsprechend, reich ausgestaltet war, niemals Gesetz. Er soll hier darum nicht weiter erörtert werden. Der zu den verschiedensten Auslegungen und Mißdeutungen Anlaß gebende, unglückliche Zustand des Fehlens einer positiven, allgemeinen arbeitsvertraglichen Regelung blieb also weiter bestehen.

Diesen Zustand fand der Nationalsozialismus hinsichtlich der Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses bei der Übernahme der Macht vor. Es ist ersichtlich, daß das AOG, das die Arbeitsverfassung auf eine neue Grundlage stellte, auch dieses Teilgebiet des Arbeitsrechts, das Einzelarbeitsvertragsrecht, beeinflussen mußte und es ebenfalls diesen neuen Grundsätzen und Anschauungen anpassen mußte, soweit es nicht bereits diesbezügliche positive Bestimmungen selbst ausdrücklich enthält (Kündigungsbestimmungen). — Wir müssen also feststellen, in welche Richtung die Neuregelung des AOG geht und welche Einwirkungen es auf das Einzelarbeitsverhältnis ausübt. —

Arbeitsrecht entnehmen, im Einzelfalle dann hauptsächlich auf § 242 abstellen.

[102]) Vgl. darüber unten: 3. Teil, C. IV, 2 e.

[103]) Siehe: Molitor-Hueck-Riezler, „Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertrags-Gesetzes".

[104]) Vgl. den § 1 des Entwurfs.

2. Teil:

Erfordernisse für die Einordnung des Einzelarbeitsvertrages in das durch das AOG geschaffene System des neuen Arbeitsrechts.

I. Sinn und Zweck des AOG und seine Bedeutung für die Neugestaltung des Arbeitslebens.

Mit der Machtübernahme des Nationalsozialismus im Staate wurde eine Erneuerung aller Lebensgebiete des Volkes und damit auch eine umfassende Erneuerung des gesamten deutschen Rechts eingeleitet. Vor allem drängte das Sozialrecht zu einer grundlegenden Erneuerung auf Grund der neuen nationalsozialistischen Gedanken, da gerade dieses Rechtsgebiet bisher in weitem Umfange von den Anschauungen des Liberalismus und Materialismus beherrscht war, wenn auch bereits in Wissenschaft und Rechtsprechung Ansichten vertreten wurden, die eine Erneuerung des Arbeitsrechts im Sinne alter deutscher Rechtsgedanken und im Sinne einer neuen sozialen Auffassung des Arbeitslebens verlangten [1]). Jedoch erst im nationalsozialistischen Staate konnten derartige Ansichten allgemein in die Tat umgesetzt werden. Bereits vor Erlaß des AOG ist in einer Abhandlung von Dersch [2]) die Neugestaltung des Arbeitsvertragsrechts auf Grund der neuen weltanschaulichen Gedanken des nationalsozialistischen Staates behandelt worden. Dersch hat bereits hier den Standpunkt einer Erneuerung des Arbeitsvertrages im Sinne einer starken Berücksichtigung der personenrechtlichen Elemente, wie sie das alte deutsche Recht zeigt, vertreten. Besondere Bedeutung müsse in Zukunft der Treuepflicht zugemessen werden [3]). Der Arbeiter müsse sich z. B. aus diesem Grundsatz heraus — wenn ein Notfall vorliege — mit seiner ganzen Kraft an jeder Stelle im Betriebe zur Verfügung stellen, also auch außerhalb seines eigentlichen Arbeitsplatzes. Besonders

[1]) Vgl. z. B. die Entsch. des R.G. und R.A.G. in RGE, Bd. 106, S. 272 ff.; in Bensh.Samml., Bd. 1, S. 331; 2, S. 68; 3- S. 116 ff. u. v. a. — Vgl. auch die neuartige Behandlung des Arbeitsrechts in dem Lehrbuch von (Kaskel-) Dersch: Soziologische Betrachtungsweise.

[2]) in DAR, 1933, S. 9 ff.

[3]) a. a. O., S. 11.

hat Dersch auch das Problem des Betriebsrisikos unter den neuen Gesichtspunkten behandelt [4]). Ebenso ist die Forderung nach einer grundsätzlichen Gewährung von Urlaub aufgestellt worden. —

Durch das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit (AOG) vom 20. Januar 1934 ist dann dem Arbeitsrecht im nationalsozialistischen Staate eine neue Grundlage, dem ganzen Arbeitsleben die Verfassung gegeben worden. So ist das AOG als das Grundgesetz des Arbeitsrechts anzusehen. Vom nationalsozialistischen, weltanschaulichen Denken ist an die Gestaltung der Rechtsordnung herangegangen, weltanschauliche Begriffe und Anschauungen sind Grundbegriffe der rechtlichen Arbeitsordnung geworden. Diese neuen Begriffe und Gedanken kennzeichnen das heutige Arbeitsrecht. Und so ist es ohne weiteres ersichtlich, daß sie bei jeder Anwendung des neuen Gesetzes und seiner Bestimmungen berücksichtigt und verstanden sein müssen. Eine solche Anwendung und Verwendung des AOG und seiner Begriffe und Gedanken ist u. a. auch im Arbeitsvertragsrecht vorzunehmen, dessen Neugestaltung hier untersucht werden soll. Denn dieses bisher nicht allgemein gesetzlich geregelte Gebiet des Arbeitsrechts ist zwar im Sinne der nationalsozialistischen Rechts- und Sozialauffassung zu erneuern, i s t aber eben bereits durch diese neuen Grundsätze unmittelbar teilweise neugestaltet worden. Das AOG, in dem diese Grundsätze des nationalsozialistischen Staates zum Ausdruck gelangt sind, verlangt die Anpassung und Ausrichtung aller Gebiete des Arbeitsrechts nach seinen Grundgedanken. So sind auch die Gebiete, vor allem des materiellen Arbeitsrechts, von den Bestimmungen der neuen Arbeitsordnung erfaßt, die formell noch heute nach Anschauungen geregelt sind, die dem Nationalsozialismus im innersten Wesen fremd und entgegengesetzt sind und deren Beseitigung er auf allen Gebieten des volklichen Lebens anstrebt. Wenn das Arbeitsvertragsrecht zwar eine eigene allgemeine gesetzliche Regelung im vergangenen Staate nicht erhalten hat, so ist es doch — wie gezeigt wurde — grundsätzlich den Bestimmungen des BGB, insbesondere über den Dienstvertrag unterstellt worden. Das BGB aber und besonders das Schuldvertragsrecht, in diesem wieder vor allem das Dienstvertragsrecht, ist aber gerade von diesen fremden Anschauungen beherrscht und beeinflußt. Es ist also ohne Zweifel berechtigt, wenn man eine Neugestaltung dieses Arbeitsrechtsgebietes auf Grund der Bestimmungen des AOG, des Grundgesetzes des ganzen Arbeitslebens — gelöst von der Grundlage des BGB — schon jetzt in gewissem Umfange, für später aber seine grundsätzliche Umbildungsbedürftigkeit anerkennt. — Daß sich gegenüber dem bisherigen Rechtszustand bei dieser Neugestaltung gewaltige Änderungen ergeben haben und damit im Zusammenhange verschiedene Probleme, ergibt sich aus der ganzen Gegensätzlichkeit der liberalistisch-materialistischen Weltanschauung

[4]) S. 10 und 11, vgl. die näheren Angaben unten zu 3. Teil, C. II. 1. und III. 2. e sowie 3. b. —

einerseits und des Nationalsozialismus andererseits. Die Gegensätzlichkeiten, die sich zwischen den noch formell der alten Rechtsordnung angehörenden Bestimmungen und den im AOG zum Ausdruck gekommenen Anschauungen und Begriffen des Nationalsozialismus zeigen, treten aber gerade dadurch so stark in Erscheinung, weil das AOG als eines der ersten Gesetze des neuen Staates auf dem Gebiet des Arbeitslebens nicht in einer langsamen Entwicklung heranreifen konnte, sondern aus dem fortreißenden Tempo der nationalsozialistischen Revolution entstanden ist [5]). So enthält und gestaltet es Anschauungen, die in mancher Hinsicht der natürlichen Entwicklung — wie sie im nationalsozialistischen Staate vor sich gehen würde — bereits voraus greifen und deren restlose Verwirklichung erst eine Umbildung der menschlichen Gesinnung und eine Erziehung der am Arbeitsleben des Volkes beteiligten Menschen im Sinne der nationalsozialistischen Sozialgesinnung erfordert. So sind hier die Begriffe der Treueverbundenheit, des Betriebsführertums, der Gedanke der Betriebsgemeinschaft und der der sozialen Ehre u. a. zu nennen. Gerade bei der Neugestaltung des rein materiellen Arbeitsrechts muß man sich daher immer vor Augen halten, daß das AOG für die endgültige und vollständige Verwirklichung seiner Gedanken eben diese Umformung und Erziehung der beteiligten Menschen voraussetzt, sodaß manche Bestimmung nicht in eben demselben Maße auf das materielle Arbeitsrecht übertragen werden kann, wie sie im AOG selbst zum Ausdruck gelangt ist. Das gilt, wie wir später sehen werden, vor allem von dem Führergrundsatz, in gewisser Beziehung aber auch vom Gemeinschafts- und dem Treuegedanken. Wenn also auch durch das AOG eine Neugestaltung des materiellen Arbeitsrechts bewirkt worden ist, bezw. diese erforderlich macht, so ist doch eine Beachtung dessen geboten, daß das AOG die Verfassung des Arbeitslebens gegeben hat, d. h. die äußere Ordnung der Arbeit (abgesehen von den in ihm enthaltenen materiellrechtlichen Kündigungsvorschriften). Es war als solches ein Mittel des neuen Staates, eine vergangene Periode schnell und gründlich zu liquidieren, Entgegengesetztes an deren Stelle zu setzen und grundsätzliche Richtlinien für den weiteren Neuaufbau des Arbeitslebens zu geben. Es sind in ihm weiter die Ziele aufgestellt, nach denen sich die Umformung aller Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu richten hat [6]), im Sinne einer endgültigen Befriedung des Arbeitslebens und einer dafür vorauszusetzenden Zurückführung des deutschen Arbeiters in die Volksgemeinschaft.

Aus dieser ganzen Sachlage heraus ist zu verstehen, daß gewisse Schwierigkeiten hinsichtlich der realen Durchführbarkeit der Bestimmungen des AOG selbst einerseits und der Umgestaltung von bisher nicht neu geregelten arbeitsrechtlichen Gebieten durch eine

---

[5]) Vgl. Mansfeld-Pohl, S. 8 f. Vgl. auch: Ley, Durchbruch der sozialen Ehre, 1935, S. 67.

[6]) Mansfeld-Pohl, S. 8.

Übertragung und Anwendung der Bestimmungen des AOG andererseits zur Zeit sich noch ergeben. Gegen einen offensichtlichen Mißbrauch des Gesetzes selbst sind in ihm verschiedene Sicherungen gegeben, die eine Verkennung des wahren Sinnes des Gesetzes verhindern werden. Schwieriger aber, als den Sinn des Gesetzes bei der Anwendung auf einen konkreten, vom Gesetz selbst behandelten Fall mißzuverstehen, ist es, aus dieser ganzen Sachlage heraus, von dieser im AOG gegebenen, als Ganzes gesehenen Grundlage des neuen Arbeitsrechts aus auf die rechtliche Neugestaltung der bisher noch nicht gesetzlich und ausdrücklich im nationalsozialistischen Staate geregelten Gebiete des Arbeitsrechts zu schließen, so vor allem des hier zu untersuchenden materiellen Arbeitsvertragsrechts, das die rechtliche Grundlage für die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer als solchen und dem einzelnen Beschäftigten darstellt und als solche für die Entscheidung konkreter Fälle des materiellen Arbeitslebens unentbehrlich ist. Diese Schwierigkeit zeigt sich in den zahlreichen, vielgestaltigen Theorien, die in der Wissenschaft hinsichtlich der Neugestaltung des Arbeitsvertragsrechts auf Grund des AOG entstanden sind. —

Bei der hier vorzunehmenden Untersuchung, welche Einwirkungen sich tatsächlich auf die Neugestaltung des Einzelarbeitsverhältnisses und des Arbeitsvertragsrechts ergeben haben, soll daher ausgegangen werden von der Frage, wieweit das AOG als Ausdruck der gesamten nationalsozialistischen Rechtserneuerung in seinen Bestimmungen bereits die Änderungen des materiellen Arbeitsrechts andeutet oder gar erfordert. Es ergibt sich daraus zuerst die Frage nach der Bedeutung der Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages in der heutigen Arbeitsordnung und seine Einordnung in das System des Arbeitslebens, wie es das AOG gegeben hat. Erst aus dieser Untersuchung wird sich ergeben, ob der Einzelarbeitsvertrag als besondere Rechtsfigur heute überhaupt noch bejaht werden kann und, wenn ja, wie er sich heute darstellt. —

1. Das AOG als Ausdruck einer Rechtsentwicklung und Rechtserneuerung im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Der nationale Sozialismus hat sich zum Ziele gesetzt, alle Gebiete des staatlichen und volklichen Lebens von Grund auf zu erneuern und mit neuem Geiste zu beseelen. Er mußte sich in dieser Hinsicht notwendig und zwangsläufig der Aufgabe unterziehen, eine Reformation des gesamten deutschen Rechts als einer der wichtigsten und hervorragendsten Lebensäußerung des Volkes vorzunehmen und die Rechtsordnung seinen Begriffen und Ideen entsprechend um- bezw. von Grund an neu aufzubauen. Die bisherige Rechtsordnung konnte als Schöpfung des individualistisch-materialistischen Zeitalters nicht mehr den Ansprüchen eines grundsätzlich in allen seinen Lebensbeziehungen auf dem Gedanken der Gemeinschaft und der Gebundenheit des Einzelnen an diese Gemein-

schaft, dem Gedanken des Führertums und den ethischen Wertbegriffen Treue und Ehre beruhenden Staatswesens gerecht werden. Während die bisherige Rechtsordnung im wesentlichen auf der Einzelpersönlichkeit aufgebaut war, verlangt der nationalsozialistische Staat eine Rechtsordnung, die in erster Linie den Erfordernissen der Gemeinschaft, des Volkes und Staates gerecht wird. Der vorzunehmende Neuaufbau des gesamten Rechtssystems muß daher so umfassend und so umwälzend sein, daß er sich auch in den letzten und unwesentlichsten Rechtsbegriffen, Rechtsinstituten und Rechtsfiguren auswirkt. So wird bei dieser Umwälzung an bisher für unerschütterlich gehaltene Grundpfeiler der bisherigen Rechtsordnung gerüttelt.

Ein entscheidendes Merkmal der neuen Rechtsordnung ist es, daß die absolute Vorherrschaft der Privatrechtsordnung durch die umfassende Vorherrschaft der öffentlichen Rechtsordnung abgelöst wird. Es ist für diese Umstellung die Erkenntnis maßgebend, die der ganzen Gedankenwelt des Nationalsozialismus entstammt, daß der Zugang zu den letzten Grundlagen einer Rechtsordnung immer nur von einer Seite erfolgen kann, und zwar — im Sinne des Vorranges der Gemeinschaft — von der des öffentlichen Rechts [7]). Das Endziel der Entwicklung des Rechts im Liberalismus war die absolute Privatisierung der Rechtsordnung, d. h. die Bildung einer Rechtsordnung, die die Entwicklung eines selbständigen freien Individuums nicht nur ermöglicht, sondern fordert und voraussetzt. Die Endbestimmung allen Rechts war daher unter der Herrschaft des Liberalismus mit logischer Konsequenz auf das Individuum zugeschnitten, ein Recht der Gemeinschaft konnte es dabei nicht geben [8]). So wurde auch von vornherein bei Aufkommen einer eigenen Rechtsmaterie des Arbeitsrechts dieses sehr stark von bürgerlichrechtlichem Denken bestimmt. So wie sich im bürgerlichen Leben die unverbundenen Einzelnen in dauernder kontrollierender Rivalität gegenüberstanden, und wie gerade dieser Zustand des Kampfes aller gegen alle vom rationalen bürgerlichen Gesetz allein normiert wurde, so war auch das Arbeitsleben und seine rechtliche Ordnung, das ganze Sozialsystem als Teil der bürgerlichen Rechtsordnung auf Grundsätzen aufgebaut, die denen der übrigen bürgerlichen Rechtsordnung entsprachen, nämlich einesteils auf dem Gedanken eines grundsätzlichen Gegensatzes und darum eines Kampfzustandes von Unternehmern und Arbeitern, und andernteils dem einer überragenden Bedeutung des Individuums.

Die Annahme eines grundsätzlichen Gegensatzes zwischen Unternehmer und Arbeiter, — die auch dann Ausgangspunkt allen arbeitsrechtlichen und sozialrechtlichen Denkens blieb, als im Laufe des 20. Jahrhunderts mit der wachsenden Bedeutung der sozialen Frage einmal sich die Notwendigkeit staatlicher Einfluß-

---

[7]) Vgl. Walz, in „Volk im Werden", 1934, Heft 6, S. 9.
[8]) Walz, a. a. O., S. 10; Dersch, Komm., S. 11.

nahme im Arbeitsleben ergab und zum anderen die Bedeutung des Individuums hinsichtlich der bisher geltenden unumschränkten Vertragsfreiheit dadurch stark gemindert wurde, daß die Arbeitsbedingungen nunmehr größtenteils durch kollektive Vereinbarungen oder durch staatliche Machtsprüche geregelt wurden, — war aber weniger dadurch der bestimmende Fehler dieses Systems, daß überhaupt eine soziale Gegenspielerschaft behauptet und anerkannt wurde, sondern vielmehr durch die Erhebung des an sich naturgemäß gegebenen und niemals gänzlich zu beseitigenden wirtschaftlichen Interessengegensatzes zu einer allgemeinen und obersten Norm, die alle Maßnahmen des Staates, alle Gesetze und alle Beziehungen zwischen den am Arbeits- und Wirtschaftsleben beteiligten Menschen beherrschte. Als äußerste logische Folge der marxistischen und liberalistischen Wirtschafts- und Geschichtsauffassung sah diese Entwicklung im Fortschritt der Menschheit nur das Ergebnis eines grundsätzlichen Kampfes zwischen einzelnen Klassen. Es wurde so der natürliche Widerstreit der sozialen Interessen, der sich aus der verschiedenen Lage des seine Arbeitskraft anbietenden Arbeitnehmers, der durch die Verwertung dieses seines einzigen Gutes sich seinen Lebensunterhalt verschaffen muß, — und des auf die Rentabilität seines Betriebs und einen möglichst hoch ausfallenden Gewinn bedachten Unternehmers ergibt, über den Bereich der Wirtschaft und die naturgemäß gegebenen, rein materiellen Lebensbeziehungen hinaus unnatürlich und gezwungen als oberste Richtlinie in die Regelung aller menschlichen Beziehungen und Verhältnisse hineingetragen [9]). Der Nationalsozialismus, als eine diesen Anschauungen entgegengesetzte Weltanschauung, war daher bei seinem Kampfe um die Erneuerung des deutschen Volkes auf dem Gebiete des Wirtschafts- und Arbeitslebens zu einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit dem bisherigen Sozialsystem in Deutschland gezwungen [10]).

2. Die Grundzüge der neuen Arbeitsverfassung.

Nach der Machtübernahme ergaben sich für den Nationalsozialismus daher zuerst die Probleme, diesen bis zum letzten überspitzten und aus politischen Zweckmäßigkeitserwägungen heraus geschaffenen Interessengegensatz ebenso wie die grundsätzliche Überbetonung und Überbewertung des Individuums soweit zu beseitigen und auf ein gesundes Maß zurückzuführen, daß eine Schädigung des nationalsozialistischen Wollens — Schaffung einer alle Volksgenossen umfassenden Volksgemeinschaft und eines Einsatzes aller in der Arbeit für das Ganze — unbedingt verhindert würde. Der Nutzen des Einzelmenschen mußte also dort zurücktreten, wo es sich um den Nutzen des Ganzen, der Gemeinschaft

[9]) Mansfeld-Pohl, S. 1.
[10]) Adolf Hitler, Mein Kampf, S.352; Dersch, S.21; Mansfeld-Pohl, S.2.

handelte. Aus diesen nationalsozialistischen Grundforderungen nun aber die Folgerung ziehen zu wollen, der Nationalsozialismus wolle die erwähnten natürlichen Interessengegensätze und die ebenso naturgegebenen materiellen, wirtschaftlichen Bedürfnisse des Einzelmenschen völlig beseitigen, ist verfehlt. Das Vorhandensein eines wirtschaftlichen und sozialen Gegensatzes wird sich niemals gänzlich beseitigen lassen. Das hat der in jeder Beziehung auf dem Boden der Wirklichkeit stehende Nationalsozialismus nicht verkannt [11]). Er hatte aber richtig erkannt, daß im Leben eines Volkes dieser auf rein wirtschaftlich-materiellen Gründen beruhende Interessengegensatz nicht das oberste und unumschränkt herrschende Gesetz sein dürfe. Er geht daher in seiner Weltanschauung davon aus, daß es über dem Einzelnen und seinem Recht eine die Einzelwesen verbindende und zusammenfassende Gemeinschaft gibt, die ein höheres Recht zu beanspruchen hat als der Einzelne. Gerade aber aus diesen Gedanken heraus ergeben sich die ethischen Forderungen nach einer Sicherung der Lebensrechte auch des geringsten Volksgenossen, nach einer Fürsorge und einem Schutz des in abhängiger Arbeit stehenden Menschen. Der nationalsozialistische Staat kann daher diesen arbeitenden Menschen nicht weiterhin einem Kampfe überlassen, der um die Sicherung der notwendigsten Lebensgrundlage geht. Er muß ihn zurückführen in die Gemeinschaft des ganzen Volkes, muß sich seiner annehmen und muß eine Verpflichtung des Staates darin sehen, die Vertretung der Lebensrechte dieser Arbeitsmenschen in weitem Umfange selbst zu übernehmen. Daß die Durchsetzung dieser Lebensrechte jedoch nicht auf Kosten der eines anderen Standes gehen darf und nicht in einen — nunmehr vom Staate selbst geführten — Kampf ausarten darf, ergibt sich aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft. So ergibt sich die Forderung nach einem gerechten Ausgleich der Interessen [12]). In den Gesetzen des nationalsozialistischen Staates ist dieser Forderung entsprochen worden, nicht zuletzt gerade im AOG. Aber eine bloße Umwechselung alter gegen neue Gesetze kann allein noch nicht den notwendigen Erfolg bringen. Die Erneuerung des Arbeits- und Wirtschaftslebens ist daher von vornherein mit einer grundlegenden Erziehung der

---

[11]) Vgl. z. B. die Ausführungen Dr. Ley's, des Führers der Deutschen Arbeitsfront, in „Der Deutsche", Nr. 82, vom 10. IV. 1934: „Die Arbeitsfront und der Nationalsozialismus wissen sehr wohl, daß der Einzelne Interessen hat, wir wissen genau, daß der Arbeiter und der Arbeitgeber verschiedene Interessen haben, wir wissen genau, daß diese Interessen zuweilen in Widerspruch zueinander stehen. Der eine fordert, der andere soll geben. Hier muß die Arbeitsfront beiden Teilen klarmachen, wo die Interessen der Gemeinschaft beginnen und wo die Interessen der Gemeinschaft verletzt werden."

[12]) Vgl. die Ausführungen Adolf Hitlers hierüber, Mein Kampf, S. 676: „Der nationalsozialistische Arbeitnehmer muß wissen, daß die Blüte der nationalen Wirtschaft sein eigenes materielles Glück bedeutet. — Der nationalsozialistische Arbeitgeber muß wissen, daß das Glück und die Zufriedenheit seiner Arbeitnehmer die Voraussetzung für die Existenz und Entwicklung seiner eigenen wirtschaftlichen Größe ist." —

beteiligten Menschen im Sinne der neuen ethischen Anschauungen begonnen worden und auf diese Erziehung der Menschen zu einer neuen Sozialgesinnung ist letzten Endes der Erfolg abzustellen. Gegenüber den geschilderten bisherigen Zuständen und den — gerade in den am Arbeitsleben beteiligten Menschen tief verwurzelten — Ideen und Gedanken des vergangenen Systems wird die Erziehung viele Hindernisse zu überwinden haben und nur Schritt für Schritt ihr Ziel erreichen [13]).

Diese Erkenntnis ist aber gerade darum zu berücksichtigen, weil sie für die Auswirkungen der neuen gesetzlichen Regelungen maßgebend ist. Sie muß vor Gesetzesanwendungen und Schlüssen bewahren, die entweder als übereilt oder aber als auf einer falschen Auffassung des Sinnes dieser Regelungen und auf einer Verkennung des wirklichen Wollens des nationalen Sozialismus beruhend zu bezeichnen sind. —

Weitgehende Folgerungen in dieser Hinsicht sind teils aus der Einführung ethisch-sittlicher Begriffe und Gedanken in das Recht der Arbeit gezogen worden, teils auch aus der Verwendung alter deutscher Rechtsgedanken in der neuen Arbeitsverfassung. —

Tatsächlich sind die ethischen Grundsätze des Nationalsozialismus, die aus dem Weltanschaulichen und Politischen in das AOG und damit in das Arbeits- und Wirtschaftsleben übernommen sind, also auf Gebiete übertragen sind, die nach grundsätzlicher Auffassung des vergangenen Zeitalters ihre abgeschlossenste Eigengesetzlichkeit lebten, hervorstechendste Merkmale dieses Gesetzgebungswerkes. Beachtenswert ist z. B. die Übertragung des Führerprinzips auf rein wirtschaftliche und soziale Verhältnisse und Vorgänge. Weiter ist bemerkenswert die Einführung des Treuegedankens, der hier nicht im Sinne einer Vertragstreue des BGB in Erscheinung tritt, sondern eben rein ethischen, sittlichen Wertes ist. Vor allem problematisch aber und in allen seinen Auswirkungen noch längst nicht erschöpfend erkannt ist der Begriff der sozialen Ehre, der das Wirtschaftsleben vor gänzlich neue Voraussetzungen stellt. Gerade die rechtliche Würdigung dieses Begriffs inbezug auf die Beziehungen der am Arbeitsleben beteiligten Menschen wird nur dann richtig ausfallen, wenn sie im Zusammenhang mit der gesamten Ideenwelt des Nationalsozialismus vorgenommen wird. Denn weder im bisherigen Arbeitsrecht, noch auch im bisherigen Rechtssystem überhaupt ist der Ehrbegriff in derartig umfassender und bestimmender Weise zum Ausdruck gekommen. — Alle diese ethischen Momente dienen in erster Linie und in ihrer wahren und hervorragendsten Bedeutung der Wahrung und

---

[13]) Vgl. Mansfeld-Pohl, a. a. O., S. 5 ff.

Adolf Hitler in seiner Hamburger Rede am 17. August 1934: „Die nationalsozialistische Bewegung hat das Reich erobert. Es ist nicht möglich, daß gegen den Willen und die Auffassungen dieser Weltanschauung in Deutschland regiert wird. Wohl aber ist es sicher, daß die Erziehung von Volk und Staatsführung überall und an allen Stellen zum Geiste dieser Weltanschauung noch viele, viele Jahre Zeit erfordert." —

Schaffung sittlicher Werte und Anschauungen, als deren Folge sie als wichtigste Mittel zur Vermenschlichung des Arbeitslebens erscheinen. Hinter dieser Bedeutung treten daher die in ihnen gegebenen Möglichkeiten einer materiellen Gestaltung der Arbeitsbedingungen zurück. Schon hieraus ergibt sich die Folgerung, daß die Regelung der materiellen Arbeitsbedingungen nicht ausschließlich auf die ethischen Grundsätze des AOG abgestellt werden kann. Weiter ist zu beachten, daß das Wesen und die Aufgabe der im AOG enthaltenen ethischen Bestimungen nicht so sehr in einer festen und bestimmten Regelung aller kleinen Einzelheiten des Arbeitslebens zu sehen ist, als vielmehr in der Aufstellung großer Grundsätze für den Gesamtablauf des Arbeitslebens. Als solche wenden sie sich im Hinblick auf das Ziel einer absoluten Befriedung des ganzen volklichen Lebens und einer Sicherung der sozialen Grundlagen des Volkes in einem dauernden Appell an die am Arbeitsleben beteiligten Menschen und stellen die Forderung an sie, ihre Gesinnung und ihr ganzes Denken und Fühlen an diesen ethisch-sittlichen Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung auszurichten. — So ergibt sich, daß neben diesen ethischen und sittlichen Grundsätzen und Bestimmungen festbestimmte materiellrechtliche Regelungen bezüglich der im einzelnen Fall zu treffenden Festlegung der Arbeitsbedingungen vorläufig nicht entbehrt werden können. Eine Verkennung dieses Erfordernisses und Bedürfnisses bestimmter materiellrechtlicher Regelungen für das heutige Arbeitsleben neben den ethisch-sittlichen Bestimmungen des AOG würde einer Verkennung der aus rein menschlichen Gründen gegebenen Gefahren, die ohne Zweifel heute noch in der Abstellung der Arbeitsbeziehungsregelung auf nur ethische Grundsätze liegen, gleichkommen. Für das hier zu behandelnde Problem ist daher — allgemein — festzustellen, daß eine Bewertung und Anwendung der ethischen und sittlichen Grundsätze des AOG immer mit Rücksicht auf ihre im AOG zum Ausdruck gekommene, ganz besondere Bedeutung erfolgen muß. Das gilt vor allem für das Führerprinzip, für den Gemeinschaftsgedanken, weiter, jedoch nicht in diesem Umfange, auch für die Begriffe der Treue und der sozialen Ehre. —

Ein wesentliches Merkmal aller dieser Begriffe und Gedanken des AOG, des Führergrundsatzes, des Gemeinschaftsgedankens, des Gedankens der Treueverbundenheit von Führer und Gefolgschaft und schließlich des Ehrbegriffes, ist es, daß sie alle bestimmende Grundsätze des alten deutschen Rechts gewesen sind. Die Rezeption des römischen Rechts und später der Pandektismus haben mit der Beseitigung des deutschen Rechts auch diese ureigensten deutschen Rechtsgrundsätze im Rechtsleben des deutschen Volkes ausgeschaltet — abgesehen von wenigen Ausnahmen in kleinen Nebengebieten [14]) — und sie in Vergessenheit geraten lassen. Es entspricht den Anschauungen des Nationalsozialismus, der wieder

[14]) vgl. oben zu II, 4.

die Vergangenheit des deutschen Volkes und die ursprünglichen Grundlagen unseres volklichen Lebens zu Ehren bringen will, daß er auch auf dem Gebiete des Rechts wieder die Grundsätze zu neuem Leben in unserer heutigen Rechtsordnung erwecken will, die einst bestimmend im Rechtsleben unserer Vorfahren waren. — Da nun aber dieses Zurückgehen auf alte deutsche Rechtsgrundsätze teilweise in der Wissenschaft dazu geführt hat, daß nicht nur eben Rechtsgrundsätze, sondern auch ganz bestimmte, zeitgebundene Rechtsformen und Einrichtungen in die heutige Zeit übernommen und verwendet worden sind, wofür der heute vielgenannte Treudienstvertrag ein Beispiel ist, ist es geboten, die Erfordernisse für eine derartige Übertragbarkeit alter deutscher Rechtseinrichtungen in die heutige Rechtsordnung zu untersuchen.

Als Erkenntnis in dieser Richtung ist festzustellen, daß bei jeder Berücksichtigung geschichtlicher Tatsachen diese in ihrem ganzen geschichtlichen Zusammenhang und ihrer Entwicklung zu betrachten sind. Ohne weiteres können daher zwar aus geschichtlichen Zeiten allgemeine Rechtsgrundsätze, allgemeine Erkenntnisse und Wahrheiten der Rechtsanschauungen unseres Volkes übernommen werden; nicht aber ganz bestimmte, für eine ganz bestimmte Entwicklungsstufe des Volkes und unter zeitlich bedingten Erfordernissen maßgebende Rechtsfiguren und Rechtseinrichtungen. Denn in dieser Hinsicht ist immer zu beachten, daß einmal unser Volk fremdes Recht übernommen hat und das alte ursprüngliche Recht Jahrhunderte hindurch an der natürlichen Entwicklung verhindert worden ist, zum anderen aber jede bestimmte Rechtseinrichtung eine durch die Entwicklung des Volkes selbst und die veränderten Bedürfnisse jeder Entwicklungsperiode bedingte Fortbildung erfahren hat. Gerade die Unterbrechung unserer volklichen Rechtsentwicklung durch die Rezeption kann sehr leicht dazu verleiten, daß hierbei eine durch die Entwicklung unseres eigenen Rechts überholte Einrichtung übernommen wird. Die große Aufgabe des Neuaufbaus einer im Volke und im Volkstum verwurzelten Rechtsordnung kann daher nicht durch einfache unbesehene Rückkehr zum mittelalterlichen germanischen Volksrecht gelöst werden. Abgestorbene Formen und Einrichtungen unserer Rechtsvergangenheit, die durch überwundene Kultur- und Wirtschaftsstufen unseres Volkes zeitlich bedingt waren, lassen sich nicht einfach künstlich wieder zum Leben erwecken [15]). — Das ist gerade von Bedeutung bei der Erneuerung des Arbeitsvertragsrechts, da vielfach aus der Einführung des dem gesamten deutschen Recht und der ganzen altdeutschen Rechtsanschauung typischen Treuegedankens in das Arbeitsrecht gefolgert worden ist [16]), daß nunmehr der alte deutsche — personenrechtliche — Treudienstvertrag das Vorbild für die Neugestaltung des Arbeitsvertrages sein müsse. Die deutsche Rechtsgeschichte aber zeigt, wie bereits

[15]) Merk, Rechtserneuerung, in „Volk im Werden", 1933, Heft 2, S. 23.
[16]) Vgl. die unter 2. Teil, II, behandelten Theorien.

oben — 1. Teil, II, 2 — eingehend erörtert worden ist, erhebliche Wandlungen und Änderungen dieser Rechtsfigur innerhalb des deutschen Rechts selbst, die eben durch die Entwicklung des Volkes bedingt waren. Es ist gezeigt worden, daß der Treudienstvertrag nur als Ursprung eines deutschrechtlichen Dienstvertrages anzusehen ist, der durch die Übernahme der römischrechtlichen Formen beseitigt wurde und somit die letzte Entwicklungsstufe des Arbeitsverhältnisses im alten deutschen Recht darstellt [17]). In dieser seiner letzten Entwicklungsperiode vor der Rezeption des römischen Rechts stellte sich der deutschrechtliche Dienstvertrag aber nicht mehr als personenrechtliches Verhältnis, sondern als ein schuldrechtlicher Vertrag des deutschen Rechts dar [18]). Wenn also wohl und recht die ewigen Werte, die in den vergänglichen und vergangenen äußeren Erscheinungsformen unseres älteren deutschen Rechts verkörpert waren, wieder zur Geltung gebracht werden können und sollen, so müssen sie doch den veränderten Bedürfnissen und Bedingungen unserer Zeit angepaßt werden und nach ihnen und auf ihrer Grundlage neue Formen, die unserer Zeit und den heutigen Erfordernissen entsprechen, schöpferisch gestaltet werden [19]). Zum mindesten aber ist es erforderlich, wenn man sich bei der Erneuerung des deutschen Rechts auch alter deutscher Rechtsformen bedienen will, daß man auf die Entwicklung eines solchen Rechtsbegriffs oder einer solchen Rechtseinrichtung im alten deutschen Recht s e l b s t achtet, weil diese Entwicklung den Weg und die Richtung zeigt, den sie weiter gegangen wäre, wenn nicht die Rezeption sie unterbrochen hätte. Demzufolge kann heute auch nur dort diese Entwicklung wieder aufgenommen werden, wo sie beendet worden ist, nicht aber kann eine Rechtseinrichtung in ihrem unentwickelten Urzustande oder aus einem bestimmten Entwicklungsstande heraus in die heutige Zeit übernommen werden. Aus der im AOG enthaltenen Bestimmung einer gegenseitigen Treue von Führer und Gefolgschaft ist daher nicht zu folgern, daß der neue Arbeitsvertrag die Urform des deutschrechtlichen Treudienstvertrages zu erhalten habe. —

Da das AOG einerseits als Ganzes die neue Sozialordnung und die Verfassung der deutschen Arbeit darstellt, somit insoweit die Grundsätze für die weitere Neugestaltung des Arbeitsrechts gibt, andererseits aber gerade seinen einzelnen Bestimmungen und Begriffen eine so wesentliche Bedeutung zukommt, daß sie auch grundlegende Bestandteile der bisher n i c h t ausdrücklich geregelten Gebiete des Arbeitsrechts sein werden und daher auch bei der Neugestaltung des Einzelarbeitsvertragsrechts zu berücksichtigen sind, soll geprüft werden, welche dieser einzelnen Begriffe ihrem Sinn und ihrem Zweck entsprechend für das Recht des Einzelarbeitsvertrages in Betracht kommen. Es soll dabei abgesehen wer-

[17]) Vgl. v. Gierke, „Wurzeln", S. 52 ff., „Privatrecht", S. 593 ff.
[18]) Siehe oben zu 1. Teil, II, 2 und 3.
[19]) Merk, a. a. O., S. 23.

den von den im AOG enthaltenen Bestimmungen über den Kündigungsschutz, die ohne weiteres Bestandteile des Einzelarbeitsvertragsrechts geworden sind, da es sich um unmittelbar auf den Einzelarbeitsvertrag zugeschnittene Regelungen materieller Art handelt. Zu prüfen aber sind die großen Gedanken des Führergrundsatzes, der Gemeinschaft von Führer und Gefolgschaft, der Treue und der sozialen Ehre. —

a) Die Betriebsgemeinschaft und ihre Auswirkungen auf das Einzelarbeitsvertragsrecht.

Der Betrieb ist eindeutig Mittelpunkt und Grundlage des deutschen Arbeitslebens geworden. Von ihm geht die neue Arbeitsrechtsordnung aus. Anstelle der Zusammenfassung der Arbeitsmenschen in überbetrieblichen Verbänden, getrennt von einander nach der Zugehörigkeit zum Arbeiter- oder zum Unternehmerstande, ist die dem organischen Denken entsprechende Zusammenfassung der Arbeitsmenschen an ihrer Arbeitsstätte, im Betrieb getreten. Sie werden also heute nicht mehr aus ihrem natürlichen Zusammenhang, der durch die gemeinsame Arbeit hergestellt wird, herausgerissen. Vielmehr werden sie alle, Unternehmer und Beschäftigte, Angestellte und Arbeiter, zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen. Während im früheren Recht nun die allgemeinen Arbeitsbedingungen fast ausschließlich überbetrieblich, kollektiv geregelt wurden, sollen jetzt die Arbeitsbedingungen im Betrieb selbst festgesetzt werden. Alle die Fragen, die sich aus den Beziehungen zwischen Unternehmer und den Beschäftigten ergeben, sollen hier an Ort und Stelle und von den zunächst Beteiligten vertrauensvoll nach gegenseitiger Erörterung geregelt werden. Dem steht auch nicht entgegen, daß das AOG dem Führer des Betriebes das Recht zur einseitigen Aufstellung der Betriebsordnung gegeben hat. Denn der Führer soll ja für die Gemeinschaft entscheiden, nicht für sich und als völlig unabhängiger, absoluter Herrscher des Betriebes. Durch die ethischen Grundsätze der neuen Arbeitsordnung ist er gebunden an die Gemeinschaft und gebunden durch deren Erfordernisse. Wenn also formell die Betriebsordnung auch nicht durch einen Vertrag oder eine Vereinbarung der einzelnen Mitglieder der Betriebsgemeinschaft zustande kommt, sondern vom Führer völlig selbständig, unter eigener Verantwortung erlassen wird, so ist doch diese tiefere Gebundenheit nicht außeracht zu lassen. — Durch diese Rechtslage hat sich das Problem ergeben, ob und wieweit das Einzelarbeitsvertragsrecht in seiner bisherigen Bedeutung überflüssig geworden ist, da sowohl der Gedanke der Betriebsgemeinschaft, als auch der Betriebsführer-Gedanke dem Gedanken des Einzelarbeitsvertrages zu widersprechen scheinen, die Bestimmung über die Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen in einer Betriebsordnung — erlassen durch den Betriebsführer — aber einen Einzelarbeitsvertrag als überflüssig erscheinen lassen könnte.

Was den Gedanken der Betriebsgemeinschaft in dieser Beziehung anbetrifft, so ist festzustellen, daß er vor allem der Überwindung des Klassenkampfgedankens dienen soll. Der § 1 AOG geht davon aus, daß die gemeinsame Arbeit im Betrieb eine Schicksalsverbundenheit von Unternehmer und Beschäftigten begründet. Darum kann es für sie nur e i n Ziel geben, dem Unternehmer und Arbeiter in gleicher Weise zuzustreben haben: das Wohl des Betriebes und damit das Wohl von Volk und Staat, das letzten Endes ihr eigenes Wohl bedeutet. Hinter diesem Gedanken hat alles Trennende zurückzutreten [20]). — Der Arbeitsvertrag — besonders in dieser Hinsicht ausgeprägt in seiner Form als schuldrechtlicher Vertrag des vergangenen Zeitalters — beruht dagegen auf dem Gedanken eines natürlichen Gegensatzes, auf der Voraussetzung verschiedener materieller Interessen des Unternehmers einerseits und des Arbeiters andererseits [21]). Die Betriebsgemeinschaft soll diese naturgegebenen, gegensätzlichen Interessen im Interesse der Volksgemeinschaft ausgleichen und überbrücken, sie faßt Unternehmer und Arbeiterschaft über die materiellen Tagesinteressen des Einzelnen hinweg zusammen im Hinblick auf die beiden Teilen gemeinsamen Interessen und gemeinsamen Ziele: das Wohl des Ganzen, der Volksgemeinschaft.

Der Arbeitsvertrag wird also nicht durch den Gedanken der Betriebsgemeinschaft ausgeschlossen, da beide in ihrer Bedeutung für das Arbeitsleben wegen ihrer verschiedenen Aufgaben und Zwecke gar nicht miteinander verglichen werden können. Ausschließen könnten sie sich tatsächlich nur dann, wenn die Betriebsgemeinschaft als rechtliche Einheit, als Rechtsgemeinschaft aufzufassen wäre [22]). Dafür aber ist vorläufig kein Anhalt gegeben, denn das AOG hat die Betriebsgemeinschaft so eindeutig als tatsächliche Gemeinschaft, als Arbeits- und Produktionsgemeinschaft dargestellt, deren Bedeutung und Wert auf e t h i s c h e m und wirtschafts p o l i t i s c h e m Gebiete liegt, daß eine Rechtsgemeinschaft — und zwar müßte es sich um eine Art Genossenschaft oder bürgerlichrechtliche Gemeinschaft handeln — zu verneinen ist [23]). Wenn auch in der Wissenschaft teilweise davon gesprochen wird, daß die Betriebsgemeinschaft eine öffentlichrechtliche Gemeinschaft darstelle [24]), der „eine weitgehende Autonomie" zustehe, so handelt es sich dabei doch nur um eine Würdigung der Betriebsgemeinschaft und ihrer Aufgaben hinsichtlich ihrer Stellung im Leben des Volkes und Staates. Wenn die Betriebsgemeinschaft tatsächlich in mancher Beziehung Anklänge an die dem alten deutschen Recht „wohlbekannte Personengemeinschaft nach dem sogenannten

---

[20]) Mansfeld-Pohl, S. 97; Nikisch, AOG, S. 25; u. a.

[21]) Vgl. oben S. 39. —

[22]) So jedoch Siebert, in „Arbeitsverhältnis" S. 62; auch Huber, in JW. 1934, S. 1019.

[23]) So Mansfeld-Pohl, S. 98.

[24]) So Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 21 f.; vgl. auch Huber, in JW. 1934, S. 1019.

Herrschaftsgrundsatz" zeigt [25]) und teilweise wie die alte deutsche Genossenschaft als Herrschaftsverband mit einem organähnlichen Gebilde, dem Vertrauensrat, angesehen wird [26]), so sind doch irgendwelche rechtliche Folgerungen — vor allem privatrechtlicher, vermögensrechtlicher Art — für die gegenwärtige Rechtslage nicht angebracht [27]). Es geht heute erst einmal um die soziale Einheit, die das Gesetz beabsichtigt und die Ausfluß der nationalsozialistischen Weltanschauung ist. An eine rechtliche Einheit im privatrechtlichen Sinne der bisherigen Rechtsanschauungen ist bisher nicht gedacht. Insbesondere ist der Gedanke einer Vermögensgemeinschaft abwegig. Voraussetzung dafür wäre, daß eben auch tatsächlich keine verschiedenen Interessen materieller Art mehr vorliegen, daß also die Arbeiter und der Unternehmer gleichermaßen am Gewinn des Unternehmens beteiligt sind. Gerade aber eine Beteiligung am Betriebsgewinn ist heute, wie er früher teilweise von der wirtschaftsfriedlichen Werksgemeinschaftsbewegung propagiert wurde [28]), grundsätzlich nicht vorgesehen. Die Betriebsgemeinschaft schließt nach alledem keineswegs die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages als Grundlage für die Regelung der materiellen Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigtem aus [29]).

Der Arbeitsvertrag in seiner Bedeutung als Grundlage für die Festsetzung der materiellen Arbeitsbedingungen zwischen dem einzelnen Arbeiter und dem Unternehmer wird auch dadurch nicht hinfällig, daß nach den Bestimmungen des AOG (§§ 26 ff.) die allgemeinen Arbeitsbedingungen in einer Betriebsordnung zu regeln sind bezw. geregelt werden können (§ 27 AOG). — Ohne Zweifel kommt der Betriebsordnung die Bedeutung einer autonomen Satzung zu. D. h. ihre Rechtswirkung geht dahin, daß sie als Betriebsgesetz für den von ihr bezeichneten Personenkreis der Gefolgschaft objektive Rechtsnormen erzeugt, die ebenso wie früher die Rechtsnormen der Tarifverträge für die Beteiligten ohne weiteres und zwar unabdingbar Geltung haben, durch einzelvertragliche Vereinbarungen also nicht ausgeschlossen oder abgeändert werden können [30]). Auf die Unterschiede des Zustandekommens soll in diesem Zusammenhange nicht eingegangen werden. Bemerkenswert ist für unser Problem, daß die Betriebsordnung nicht an die Stelle

---

[25]) Dersch, AOG, S. 22; in DAR 1934, S. 70

[26]) So z. B. Hueck-Nipperdey-Dietz, Komm., § 1, Anm. 35; zweifelnd: Siebert: „Arbeitsverhältnis", S. 62.

[27]) Vgl. Huber in JW. 1934, S. 1019; Mansfeld-Pohl, S. 98 f.

[28]) Vgl. Lent, „Werksgemeinschaft", in Schriften zur politischen Bildung, 1927; — vgl. auch Bang, in Berliner Börsenzeitung v. 21. I. 1934. — Vgl. die Worte Dr. Ley's: „Mit dieser Gemeinschaft allerdings werden die Interessen der Menschen nicht aus der Welt geschafft, sie werden auch in Zukunft stets vorhanden sein." in „Der Deutsche", vom 21. IV. 1934. —

[29]) Mansfeld-Pohl, S. 99.

[30]) Dersch, in DAR. 1934, S. 65 ff.; ferner ders., Komm. zum AOG., S. 14, S. 169; Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 246.

des Einzelarbeitsvertrages getreten ist, sondern an die Stelle des alten Tarifvertrages, der ja mit der heutigen durch den Treuhänder der Arbeit festgesetzten Tarifordung kaum zu vergleichen ist [31]). Denn da die Arbeitsmenschen nicht mehr in überbetrieblichen Verbänden, sondern im Betrieb zusammengefaßt werden, sollen dementsprechend auch grundsätzlich die Arbeitsbedingungen nicht mehr durch Verbände in Tarifverträgen festgesetzt werden, sondern die Regelung der Arbeitsbedingungen soll im Betriebe vorgenommen werden. — Weiter ist zu beachten, daß die Betriebsordnung zwingend vorgeschrieben ist nur für Betriebe, in denen in der Regel mindestens zwanzig Angestellte und Arbeiter beschäftigt sind (§ 26 AOG). Ein Hauptbedenken gegen die Annahme der Betriebsordnung als alleiniger und unterster Rechtseinrichtung zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen ist dementsprechend, daß in Kleinbetrieben — die im übrigen als Betrieb im Sinne des AOG anzusehen sind, sodaß auch in ihnen die Betriebsgemeinschaft der Kernpunkt der neuen Arbeitsverfassung ist und daher auch Führergrundsatz, Entscheidungsmacht des Führers usw. gelten [32]) — keine rechtlich gesicherte Möglichkeit zur Festsetzung der Arbeitsbedingungen gegeben wäre. Denn es könnte zwar auch in ihnen eine Betriebsordnung aufgestellt werden, sie hätte aber nicht die Bedeutung einer autonomen Satzung und könnte also keine objektiven Rechtsnormen erzeugen [33]). Eine solche Betriebsordnung könnte also nur Bedeutung haben als Vertragsangebot an die einzelnen Mitglieder der Gefolgschaft. Bei stillschweigender oder ausdrücklicher Annahme durch die Gefolgschaft könnte sie Bestandteile für die Einzelvereinbarungen wiedergeben, die sie aber nur erkennbar macht und beurkundet [34]). Für diese Betriebe ist also unter allen Umständen eine Rechtsfigur zur Regelung der Arbeitsbedingungen zwischen den einzelnen Beteiligten s e l b s t zu erfordern. Hier würden — soweit nicht eine Tarifordnung Grundsätze für die allgemeinen Arbeitsbedingungen aufgestellt hat — die Rechtsbeziehungen in sicherer Weise nur in einem Arbeitsvertrag geregelt werden können.

Ein anderes Bedenken ergibt sich daraus, daß gemäß § 27, Abs. I AOG nur gewisse Arbeitsbedingungen unbedingt in der Betriebsordnung enthalten sein müssen, und zwar handelt es sich vor allem um Bestimmungen über die äußere Ordnung des Betriebes, die bereits früher regelmäßig in einer „Arbeitsordnung" geregelt wurden. Die materiellen Arbeitsbedingungen aber, die vor allem Gegenstand des Arbeitsvertrages sind, wie die Höhe des Lohnes usw., können, aber brauchen nicht in der Betriebsordnung enthalten zu sein (§ 27, Abs. II). Auch aus diesem Grunde ergibt sich die Notwendigkeit, neben der Betriebsordnung und der Tarifordnung

---

[31]) Abgesehen von der Erfassung größerer, überbetrieblicher Personenkreise durch beide.

[32]) Vgl. vor allem die Ausführungen Dersch's in DAR, 1934, S. 176 ff., „Der Kleinbetrieb in der neuen Arbeitsverfassung".

[33]) und [34]) Dersch, AOG, S. 171.

den Arbeitsvertrag als dritte rechtliche Möglichkeit zur Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen und der Arbeitsbeziehungen bestehen zu lassen. — Daß das AOG selbst, obwohl es das zwingende Bedürfnis nach einer allgemeinen Normung der Arbeitsverhältnisse in der Forderung nach Aufstellung einer Betriebsordnung anerkennt, den Arbeitsvertrag damit nicht beseitigen will, zeigt der Wortlaut des Gesetzes. Denn im § 27 ist in Nr. 6 im Sinne einer offensichtlichen Gleichstellung vom „Arbeitsverhältnis" und vom „Arbeitsvertrag" die Rede. In Nr. 5 dagegen, wo von der Kündigung gesprochen wird, wird zwar vom „Arbeitsverhältnis" ausgegangen. Im Zusammenhang mit den später bei den Bestimmungen über die Kündigung (§§ 56 ff. und insbesondere § 60) gebrauchten Ausdrücken „Dienstvertrag" und „Arbeitsverhältnis", läßt sich aber auch hier wiederum nur auf eine Gleichstellung dieses Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitsvertrag schließen. Das AOG geht also nicht vom vertragslosen Beschäftigungsverhältnis für die Betriebsordnung aus, „sondern vom Arbeitsvertrag als naturgegebener Grundlage der gegenseitigen Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigten" [35]). —

Die Bedeutung der Betriebsordnung liegt also vor allem darin, daß sie eine Ordnung des betrieblichen Lebens geben soll. Soweit sie aber materielle Arbeitsbedingungen enthält, formt sie als objektive Rechtsnorm, als zwingendes autonomes Betriebsgesetz automatisch die Einzelarbeitsverträge aller der Personen, die in einem abhängigen Arbeitsverhältnis zum Unternehmer stehen, d. h. in einem Arbeitsvertrag. Darüber hinaus kann aber unter Umständen eine ausdrückliche Einbeziehung vertragloser Arbeitsverhältnisse in ihre Normengeltung — als Ausnahme — eintreten [36]).

Zu beachten ist auch, daß das AOG zwar eine Unabdingbarkeit der Betriebsordnung nach unten gibt, — das in ihr festgesetzte Entgelt ist also immer als Mindestentgelt anzusehen, obwohl besondere Regeln für Minderleistungsfähige nicht ausgeschlossen sind —, nicht aber nach oben, da hier Raum für die Auswirkung des nationalsozialistischen Leistungsgrundsatzes vorhanden sein muß. Grundsätze hierfür können zwar in der Betriebsordnung selbst enthalten sein. Da aber das Leistungsprinzip sich gerade hinsichtlich der Einzelperson auswirkt, wird in erster Linie auch hier die Einzelabmachung im Arbeitsvertrag in Betracht kommen.

Nach diesen Feststellungen ist daher zu dem Ergebnis zu kommen, daß aus der Bedeutung des Betriebs als Grundlage des Arbeitslebens, aus dem Gedanken der Betriebsgemeinschaft und Betriebsverbundenheit und aus der Bedeutung der Betriebsordnung als wesentlichster Normenquelle für die allgemeinen Arbeitsbedingungen an sich noch nicht geschlossen werden kann, daß das

[35]) Dersch, AOG, S. 176.

[36]) Dersch, a. a. O., stellt fest, daß in diesem Falle eine neue Rechtsfigur des bürgerlichen Rechts, neben den Abschnitten „ungerechtfertigte Bereicherung", „unerlaubte Handlung" und „Geschäftsführung ohne Auftrag", entstehen würde, also ein außervertragliches Schuldverhältnis.

Einzelarbeitsvertragsrecht gegenstandslos geworden ist und durch die Bestimmungen des AOG (faktisch! — formell ohne Zweifel nicht —) außer Geltung gesetzt ist. Geändert und durch die Bestimmungen des AOG ersetzt ist vielmehr, — besonders durch die erörterten Grundzüge des Gesetzes, — nur die übereinzelvertragliche Möglichkeit zur Regelung von allgemeinen Arbeitsbedingungen. Die individuellen Möglichkeiten — d. h. der Arbeitsvertrag als Grundlage für die individuellen Regelungen der Arbeitsbeziehungen — sind weder ausdrücklich beseitigt und aufgehoben, noch sind sie durch die Bestimmungen des AOG und deren Sinn gegenstandslos und mit diesen unvereinbar. Über die Form dieser rechtlichen Grundlage für die Arbeitsbeziehungen zwischen den einzelnen Beteiligten — Unternehmer und Beschäftigten — soll damit jedoch noch nichts gesagt sein. —

b) Der Führergrundsatz des AOG.

Teilweise hat man den Gedanken eines Arbeitsvertrages als unvereinbar mit dem Führergrundsatz, der durch das AOG in das Arbeitsleben eingeführt worden ist (§§ 1,2 AOG), hingestellt [37]). Tatsächlich hat das AOG in § 2 festgelegt, daß der Führer der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten entscheidet, jedoch „soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden", und weiter in § 26, daß der Führer des Betriebes die Betriebsordnung aufzustellen und zu erlassen hat. Er kann nach freiem Ermessen alle Arbeitsbedingungen einschließlich der Lohnfestsetzung in dieser Betriebsordnung regeln. Es ist ihm also unzweifelhaft eine erhebliche Macht in die Hände gegeben. Es fragt sich daher, ob das AOG das Führerprinzip allgemein für das Arbeitsleben einführen wollte, d. h. für das hier zu erörternde Problem, es auch auf das Gebiet des bisherigen Einzelarbeitsvertragsrechts erstrekken oder es nur für die arbeitsrechtlichen Gebiete gelten lassen wollte, die im AOG selbst geregelt worden sind. Diese letzte Folgerung geht unzweifelhaft bereits aus dem Gesetz selbst hervor, indem eben in § 2 gesagt ist: „in allen betrieblichen Angelegenheiten", „soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden". Nach dem AOG hat der Führer des Betriebes also nur in den vom AOG selbst aufgeführten Fällen — eben hauptsächlich Erlaß der Betriebsordnung und Festsetzung der allgemeinen Arbeitsbedingungen in einer Betriebsordnung — Entscheidungsmacht. Davon, daß er auch bezüglich der Regelung der Einzelarbeitsbeziehungen ein einseitiges Entscheidungsrecht haben soll, ist im AOG weder ausdrücklich, noch sinngemäß die Rede. Abgesehen davon tritt der Führer des Betriebes als solcher in erster Linie der Gefolgschaft als solcher, d. h. den Beschäftigten des Betriebes in ihrer Gesamtheit gegenüber auf, weniger dem einzelnen Beschäftigten gegenüber; soweit Pflichten oder Rechte des Betriebsführers gegenüber einem einzelnen Gefolgschaftsangehörigen und umgekehrt über-

[37]) Vgl. z. B. Siebert, in „Deutsches Recht", 1934, Nr. 19, S. 461.

haupt in Betracht kommen (z. B. die Treupflicht des einzelnen Gefolgschaftsangehörigen gegenüber dem Führer des Betriebes [38]), handelt es sich immer nur um ausdrücklich im AOG behandelte Rechte und Pflichten. Schon aus diesen Gründen ergibt sich also, daß eine Folgerung der Art, durch das Führerprinzip des AOG sei der Einzelarbeitsvertrag im Sinn eines rein personenrechtlichen Verhältnisses umgestaltet, welches auf dem Gedanken einer Über- und Unterordnung zu beruhen habe [39]), im AOG selbst kaum Anhaltspunkte findet. —

Es ist jedoch weiter zu prüfen, ob nicht der Gedanke eines Einzelarbeitsvertrages, in dem sich zwei gleichberechtigte Beteiligte gegenüberstehen, dem ganzen Sinn des AOG und den Anschauungen über die neue Arbeitsordnung und Arbeitsrechtgestaltung widerspricht. Es ist dazu erforderlich, daß kurz geschildert wird, unter welchen Gesichtspunkten der Führergedanke, so wie er im AOG zum Ausdruck gekommen ist, in das Arbeitsleben eingeführt worden ist, worin also der Sinn und die Bedeutung des Begriffes „Führer des Betriebes" zu sehen ist.

Der Betrieb wird vom Nationalsozialismus ebenso wie das Volk als lebendiger Organismus angesehen. Wie im Volk und Staat ist daher auch im Arbeitsleben, was seine Organisationsform anbetrifft, also vor allem eben im Betrieb, der Führergrundsatz verwirklicht worden. Die aus dem Unternehmer und seinen Beschäftigten gebildete Betriebsgemeinschaft soll also von Einem aus dieser Gemeinschaft geleitet werden [40]). Er hat für das Wohl des Betriebes und der Betriebsgemeinschaft zu sorgen, er hat die Interessen der Gesamtheit den oftmals verschiedenartigen Interessen der einzelnen Betriebsangehörigen gegenüber wahrzunehmen, hat diese auszugleichen und sie dem Gesamtwohl unterzuordnen. Ihm liegt die Förderung der Betriebszwecke ebenso ob, wie die Fürsorge für die Gefolgschaft. So hat er letzten Endes dem Wohle von Volk und Staat zu dienen. Diese seine ihm vom Staate übertragene Aufgabe kann er nur dann durchführen, wenn er in gewisser Weise aus der Gemeinschaft herausgehoben wird, denn nur so kann er — von einer höheren Warte aus — die einzelnen Interessen überblicken und ihnen gegenüber das Gesamtwohl durchsetzen. Er ist aus diesem Grunde aber auch von jeder entscheidenden Mitwirkung anderer befreit worden. Wenn früher im Betrieb der demokratische Grundsatz des Mitwirkungsrechtes galt und demzufolge der Betriebsrat gleichberechtigt mit dem Unternehmer die Arbeitsbedingungen in — zweiseitig, also vertragsgemäß zustande gekommenen — Betriebsvereinbarungen festsetzte, so ist dem Führer des Betriebes jetzt die — ausschließliche — Entscheidungsmacht in allen die Gemeinschaft betreffenden Fra-

[38]) Vgl. Dersch, AOG, S. 32.
[39]) Vgl. Siebert, a. a. O.
[40]) Tatsächlich wird sich jedoch bei einer juristischen Person oftmals eine Personenmehrheit ergeben.
Vgl. Dersch, S. 116.

gen sowie überhaupt in allen betrieblichen Angelegenheiten gegenüber der Gefolgschaft gegeben worden [41]). Dieser Entscheidungsbefugnis und diesem Bestimmungsrecht gegenüber hat der heutige Vertrauensrat nur ein Mitberatungsrecht. Das hat aber auch andererseits zur Folge, daß der Führer allein die volle Verantwortung für das Wohl des Betriebes und der Gemeinschaft zu tragen hat, während früher durch das bestimmende Mitwirkungsrecht des Betriebsrates das Verantwortungsbewußtsein stark untergraben, wenn nicht ausgeschlossen wurde und oftmals überhaupt nicht zu erkennen war, wer für eine bestimmte Handlung oder Entscheidung die Verantwortung zu tragen hatte. Heute ist also der Führer des Betriebes, der für alles Geschehen im Betriebe verantwortlich ist, aus seiner Anonymität herausgehoben und jedem Mitglied des Betriebes sichtbar gemacht, sodaß erst dadurch eine wahre Vertrauensverbundenheit entstehen kann. Auch hier ist also wieder einmal der sittliche und ethische Wert zu betonen, der der Einführung des Führerprinzips in dieser Art zuzumessen ist. Wenn also auch grundsätzlich der Unternehmer Führer des Betriebes sein soll — es kann jedoch z. B. auch ein leitender höherer Angestellter Führer sein — [42]), so ist damit nicht gesagt, daß es sich hier um eine Stärkung und Ausdehnung der privatrechtlichen Unternehmerstellung handelt, daß also damit der „Herr-im-Hause"-Standpunkt vom AOG und der neuen Arbeitsrechtanschauung vertreten wird, sondern vielmehr ist gerade umgekehrt damit gesagt, daß der Betrieb nicht mehr vom Unternehmer als ein rein privatwirtschaftliches und privatkapitalistisches Gut angesehen werden kann, „mit dem er schalten und walten kann, wie er will" [43]). Als Führer des Betriebes ist er daher der betriebswirtschaftliche Treuhänder des Ganzen, er hat den Betrieb als ein ihm vom Volksganzen anvertrautes Gut anzusehen, das ihm erhöhte Pflichten, Überwindung einseitigen Eigennutzes und Einsetzung seiner ganzen Kraft zum Wohle der Gesamtheit auferlegt. Während also die Entscheidungsmacht des Führers sich nach dem AOG ausdrücklich auf die organisatorischen Fragen der Betriebsverfassung, insbesondere die Ordnung des Betriebes und unter Umständen auf die betriebliche Regelung der Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung beschränkt [44]), hat er im Sinne der ganzen heutigen Arbeits- und Sozialverfassung sein Führeramt darüber hinaus als ihm vom Staat und Volk übertragene verantwortungsvolle Aufgabe anzusehen, den arbeitenden, ihm in seinem Betrieb anvertrauten deutschen Menschen in die Volksgemeinschaft zurückzuführen [45]). Nur in dieser Richtung ist eine erweiternde Auslegung des Führergedankens über die ausdrückliche Begrenzung des AOG hinaus denkbar und sogar zu fordern. Für eine Ausdehnung aber auf das

[41]) Dersch, S. 13 und 22.
[42]) § 3 AOG.
[43]) Dersch, S. 22.
[44]) Vgl. Dersch, S. 22.
[45]) Vgl. Adolf Hitler über das Führeramt, Mein Kampf, S. 673.

Gebiet des Einzelarbeitsvertragsrechts, derart, daß der Führer nunmehr einseitig den Arbeitsvertrag aufstellen könnte, ist nicht nur kein Anlaß vorhanden [46]), sondern sie würde der wahren Bedeutung des Führeramtes, dem eben nicht der „Herr-im-Hause-Standpunkt" zu Grunde liegt, eindeutig widersprechen. Im liberalistischen System wäre bereits eine derartige Freiheit des einzelnen Betriebes und eine derartige Entscheidungsbefugnis, wie sie heute dem Unternehmer durch das AOG gegeben worden ist, sehr bedenklich gewesen. Sie hätte notwendig Erscheinungen gezeitigt, die einer Abwälzung des betrieblichen Risikos und einer Sicherung des Wettbewerbs auf Kosten der Lebenshaltung der Arbeiter gleichgekommen wäre. Erst die dem Führer im nationalsozialistischen Staate auferlegten sittlichen Verpflichtungen gewährleisten heute, daß derartige Folgen nicht eintreten. Abgesehen davon aber hat das AOG für Fälle dieser Art Sicherungsmöglichkeiten gegeben. Denn z. B. kann der Vertrauensrat, dem ein Mitwirkungsrecht und eine Möglichkeit zu unmittelbarer Einwirkung bei der Gestaltung der allgemeinen Arbeitsbedingungen und der Betriebsordnung zwar nicht gegeben ist, in seiner Mehrheit den Treuhänder der Arbeit gegen die Entscheidung des Betriebsführers anrufen [47]). Dadurch erscheint also die Betriebsordnung — obwohl sie einseitig vom Führer des Betriebes erlassen wird — als gesicherte Grundlage der Arbeitsbedingungen. Nicht mehr diesem Erfordernis einer sicheren Grundlage der Arbeitsbedingungen würde aber die einseitig (vom Unternehmer als Dienstberechtigtem!) erfolgte Festsetzung der Arbeitsbedingungen gegenüber dem einzelnen Beschäftigten anstelle des beiderseitig abgeschlossenen Arbeitsvertrages entsprechen. Ebenso würde diesem Erfordernis nicht mehr genügt sein, wenn man eine besondere Rechtsform des einzelnen Arbeitsverhältnisses überhaupt verneinen und die Arbeitsbeziehungen nur und ausschließlich auf der einseitig vom Führer erlassenen Betriebsordnung beruhen lassen will [48]). Denn immerhin ist ein zweiseitig, von zwei Gleichberechtigten abgeschlossener Arbeitsvertrag neben den vorhandenen Sicherungen eine weitere Sicherung gegen Übergriffe des Führers des Betriebes. Vor allem sei dabei auf die Lage im Kleinbetrieb hingewiesen, in dem die Sicherungsmöglichkeiten, wie sie im Großbetrieb gegeben sind, nicht bestehen, oder doch nicht in demselben Umfange. Gerade der Vertrauensrat, der hier in erster Linie in Betracht kommt, fehlt im Kleinbetrieb. — Schließlich ist auch in diesem Zusammenhange bereits auf die Tatsache hinzuweisen, daß Führer und Unternehmer verschiedene Personen sein können. Während die Rechte und Pflichten des AOG nun aber dem Führer als solchem zustehen, ist Berechtigter und Verpflichteter gegenüber dem einzelnen Beschäftigten in materieller Hinsicht der Unternehmer. Hier würden sich bei der Regelung der Arbeitsbeziehungen zwischen den ein-

[46]) Dersch, S. 13 und S. 24.
[47]) §§ 16, 6, Abs. II AOG.
[48]) Vgl. z. B. Nikisch, in AOG, S. 47 ff., 57 ff.

zelnen Beteiligten also Schwierigkeiten ergeben, die noch ausführlich behandelt werden sollen. —

Als Folgerung aus allen diesen Erörterungen ist zu ziehen, daß der Führergrundsatz des AOG grundsätzlich nicht über den Rahmen des AOG hinaus sich erstreckt, insbesondere nicht sich auf dem Gebiete des Einzelarbeitsvertragsrechts auswirkt. —

c) Die Begriffe der Treue und der sozialen Ehre und ihre Auswirkungen auf das Einzelarbeitsvertragsrecht.

Der Begriff der Treue, wie er in § 2, Abs. II des AOG zum Ausdruck kommt, entstammt dem alten deutschen Rechtsgut. Zweierlei Probleme tauchen bei der Umgestaltung des Arbeitsvertragsrechts in Zusammenhang mit dem Treuegedanken auf. Einmal: wirkt sich der Treuegedanke — organisatorisch, wenn man so sagen will — hierbei so aus, daß er die Rechtsform des Arbeitsvertrages für das Arbeitsverhältnis verdrängt und an deren Stelle die Rechtsform eines personenrechtlichen Treueverhältnisses setzt; und zum anderen, wird er sich — wenn man den Arbeitsvertrag als solchen bestehen läßt — in der Umgestaltung des Inhalts des Arbeitsvertrages so auswirken, daß er als — materiellrechtliche — Rechtspflicht des Beschäftigten oder beider Vertragsbeteiligten anzusehen ist? — Was die erste Frage anbetrifft, so ist bereits ausgeführt worden, daß hierbei vielfach auf das alte deutsche Recht und zwar den alten deutschen Treudienstvertrag zurückgegangen wird. Es ist gezeigt worden, daß eine Wiedereinführung dieser Form des alten Treudienstvertrages in der ursprünglichsten Form der geschichtlichen Entwicklung widersprechen würde[49]). Ebenso ist die Form des Treudienstvertrages für das Arbeitsverhältnis bezw. die Form eines personenrechtlichen Treueverhältnisses überhaupt abzulehnen, weil damit das Einzelarbeitsverhältnis auf ein Verhältnis der Über- und Unterordnung abgestellt würde. Die Gründe, die hiergegen sprechen, sind bereits im vorigen Abschnitt eingehend erörtert worden. Im übrigen wird auf diese Frage noch bei der Besprechung der Theorien, die tatsächlich den Arbeitsvertrag durch ein personenrechtliches Treueverhältnis ersetzen wollen, zurückzukommen sein. Hier ist jedoch bereits festzustellen, daß der Treuegedanke des AOG zwar ein Treueverhältnis zwischen dem Führer des Betriebes und der Gefolgschaft begründet, d. h. im Rahmen der Betriebsgemeinschaft, nicht aber ein Treueverhältnis — im Sinne des Treudienstvertrages als Rechtsform — zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten. Das Treueverhältnis des AOG ist vor allem ethischer Natur, weniger rechtlicher, denn durch den Gedanken der Treueverbundenheit wollte das AOG von vornherein das Verhältnis von Führer und Gefolgschaft mehr und stärker auf eine Grundlage ethischer Werte abstellen. —

[49]) vgl. oben 1. Teil, II 2 und 3 und S. 43.

Es ist andererseits ohne Zweifel, daß sich dieser umfassende Begriff der Treue heute auch als Rechtspflicht im Arbeitsleben darstellt, also konkrete rechtliche Bedeutung verlangt. In diesem Sinne bleibt er nicht auf das Arbeitsverfassungsrecht des AOG beschränkt, sondern in dieser Bedeutung erstreckt er sich ohne Zweifel auch auf das materielle Arbeitsrecht, d. h. insbesondere das Einzelarbeitsvertragsrecht. Die zweite Frage ist also dahin zu beantworten, daß der materielle Inhalt des Arbeitsvertrages durch den Treuegedanken des AOG eine weitgehende Umgestaltung erfährt. Die Treuepflicht — übrigens eine gegenseitige, wie unten 3. Teil, C. gezeigt werden wird — wird im neuen Arbeitsvertrage die beherrschende (Rechts-!)Pflicht sein. Die gesamten Rechtsbeziehungen der beiden Vertragsbeteiligten werden heute durch diesen Treuegrundsatz beeinflußt, der weit über die bisherige Vertragstreue des BGB (§ 242) hinausgeht. So ist die gegenseitige Treue heute die „Generalklausel des Arbeitsrechts geworden, die über allen einzelnen Rechten und Pflichten steht“ [50]).

Von größter sozialpolitischer und staatspolitischer Bedeutung ist die Einführung des Begriffs der sozialen Ehre in das Arbeitsleben. Diese dem Unternehmer sowohl wie dem Angestellten und Arbeiter gegebene Standesehre wird von jetzt ab das ganze Verhalten der Arbeitsmenschen zueinander und gegenüber Volk und Staat bestimmen. Wenn in § 35 AOG gesagt ist, daß jeder Angehörige der Betriebsgemeinschaft die Verantwortung für sein Verhalten innerhalb der Betriebsgemeinschaft zu tragen hat, so heißt das, daß seine soziale Ehre von ihm die gewissenhafte Erfüllung aller ihm obliegender Pflichten, ein Verhalten, das sich seiner Stellung im Betrieb entsprechend würdig zeigt, und einen im Bewußtsein seiner Verantwortung gegenüber dem Wohle des Ganzen dem Betriebe gewidmeten Einsatz seiner ganzen Kraft fordert. Bei Verstößen gegen die soziale Ehre kann im Wege des ehrengerichtlichen Verfahrens unter Umständen in die privatrechtliche Stellung des Betroffenen eingegriffen werden, indem die Entfernung vom Arbeitsplatz oder aber andererseits die Aberkennung der Führereigenschaft ausgesprochen werden kann. Schon damit ist gesagt, daß der Begriff der sozialen Ehre sich auf das gesamte Arbeitsrecht erstreckt, also auch auf das Gebiet des Einzelarbeitsvertragsrechts. Die soziale Ehre wird in mancher Beziehung, was im 3. Teil noch näher besprochen wird, die Erfüllung des Vertrages und die Bewirkung der einzelnen Pflichten beeinflussen. Sie wird vor allem dazu dienen, dieses naturgemäß am weitestgehenden von den privaten Interessen berührte und bestimmte Gebiet des Arbeitsrechts auf eine neue soziale Grundlage zu stellen, somit die Findung eines beide Teile befriedigenden Ausgleichs der Interessen ermöglichen.

---

[50]) Mansfeld, in JW. 1934, S. 595.

II. Die einzelnen Theorien über die Neugestaltung des Einzelarbeitsvertragsrecht.

Aus der durch das AOG geschaffenen Rechtslage und Grundgestaltung des deutschen Arbeitslebens und unter Zugrundelegung der einzelnen erörterten neuen Begriffe und Gedanken sind in der Wissenschaft verschiedene Theorien entstanden, die eine Neugestaltung des Arbeitsvertrags behandeln. Wie aber bereits vor Erlaß des AOG — und vielleicht noch schärfer ausgeprägt — stehen sich die unterschiedlichsten Meinungen gegenüber. Neben den Theorien, die bereits vor Erlaß des AOG bestanden, sind jetzt vor allem Ansichten aufgetaucht, die neben der Ordnung des AOG eine besondere Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages gänzlich ablehnen. Eine weitere Gruppe neuer Theorien vertritt den Standpunkt, der allerdings bereits in der Lehre Potthoffs u. a. Vorgänger hatte, daß die durch das AOG geschaffene Arbeitsordnung einen schuldrechtlichen Vertrag nicht zulasse, da es das Verhältnis zwischen Arbeiter und Unternehmer grundsätzlich auf dem Treueverhältnis aufbaue. Schließlich wird weiterhin die Ansicht aufrecht erhalten, daß der Arbeitsvertrag seinem ganzen Charakter nach auch in Zukunft grundsätzlich ein gegenseitiger — schuldrechtlicher — Vertrag sein müsse; das AOG habe nur den Inhalt dieses Vertrages verändert. Jedoch müssen innerhalb dieser Gruppe wieder Verschiedenheiten der Ansichten in bezug auf den Vorrang der personenrechtlichen oder schuldrechtlichen Elemente beachtet werden.

1. Erübrigt sich der Einzelarbeitsvertrag als besondere Rechtsfigur in der Arbeitsordnung des AOG?

Die gegenüber dem bisherigen Rechtszustand des Einzelarbeitsvertragsrechts sich am weitestgehenden unterscheidenden Meinungen sind diejenigen, die den Arbeitsvertrag für die durch das AOG geschaffene Ordnung des Arbeitslebens völlig ablehnen und verneinen. Diese Verneinung des Arbeitsvertrages entsteht aus der Frage, ob nicht die Rechtsbeziehungen, die in der bisherigen Rechtsordnung durch den Arbeitsvertrag geregelt wurden und geregelt werden mußten, nunmehr durch die Bestimmungen des AOG selbst ihre Regelung erfahren. Vor allem sei das durch das AOG geschaffene Führer-Gefolgsmann-Verhältnis zu beachten, das an die Stelle des Arbeitsvertrages getreten sei. Es wird also hier ein rein personenrechtliches, auf ethisch-sittlichen Begriffen beruhendes, rechtlich unbestimmtes Verhältnis als ausreichend erachtet, die bisher dem Arbeitsvertrag vorbehaltenen, fest bestimmten rechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Arbeiter regeln zu können. Demgegenüber stehen die Theorien, die zwar auch die rein schuldrechtliche Vertragsgrundlage verneinen, immerhin aber das ethisch-sittliche Führer-Gefolg-

schaftsverhältnis des AOG allein als nicht ausreichend erachten, um die Beziehungen zwischen dem einzelnen Unternehmer und dem einzelnen Arbeiter rechtlich regeln zu können. Diese Theorien wollen aber eine weitgehende Umgestaltung des Arbeitsvertrages in ein personenrechtliches Treueverhältnis vornehmen, wobei sie sich auf das Vorbild des alten deutschrechtlichen Treudienstvertrages berufen. Um die Bedeutung des Arbeitsvertrages, seinen Zweck und Ziel klar bestimmen zu können, ist es erforderlich, diese Theorien und ihre Begründungen aufzuzeigen und zu untersuchen.

a) Die grundsätzliche Verneinung einer besonderen Rechtsfigur neben dem Führer-Gefolgschaftsverhältnis.

Das AOG hat, wie wir gesehen haben, den Betrieb zur Grundlage des Arbeitslebens gemacht und im Betrieb die nationalsozialistische Gemeinschaftsidee insofern verwirklicht, als die Angehörigen des Betriebs zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen sind, in der das Führerprinzip herrscht. Diese Gemeinschaft wird durch die gegenseitige Treue zusammengehalten. Das hierdurch bestimmte Führer-Gefolgschafts-Verhältnis ist nach dem AOG rein ethisch-sittlicher Natur. Irgendwelche materiellrechtlichen Bestimmungen allgemeiner Art hat das AOG für das Einzelarbeitsverhältnis — abgesehen von den Kündigungsvorschriften — §§ 56 ff., § 20 — nicht getroffen. Es fragt sich also, ob dieses Führer-Gefolgschaftsverhältnis das Bestehen eines Arbeitsvertrages zwischen Unternehmer und Arbeitnehmer erübrigt. Da das AOG über den Eintritt in die Gemeinschaft nichts sagt, damit also auch die Begründung des Führer-Gefolgschafts-Verhältnisses unberücksichtigt läßt, sondern in seinen Bestimmungen davon ausgeht, daß ein Betrieb als Grundlage mit Arbeitern, Angestellten und Unternehmer bereits vorhanden ist, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß bei Annahme des Führer-Gefolgschaftsverhältnisses an Stelle des Arbeitsvertrages der Eintritt in die Betriebsgemeinschaft und die Begründung des Führer-Gefolgschafts-Verhältnisses nicht auf rechtlicher Grundlage vor sich gehen soll, sondern auf der reinen Tatsache des Arbeitsbeginns im Betriebe. Das durch den rein tatsächlich vollzogenen Eintritt in die Betriebsgemeinschaft begründete Verhältnis besteht dann — da es sich innerhalb der Gemeinschaft auswirkt und innerhalb dieser besteht — zwischen dem Führer des Betriebes und dem Gefolgschaftsangehörigen und nur zwischen diesen. Das heißt, daß rechtliche Bindungen zwischen dem Unternehmer als solchem und dem Arbeiter als nicht vorliegend betrachtet werden müssen, was sich besonders dann verhängnisvoll auswirkt, wenn das Amt des Führers und die Stellung des Unternehmers auseinanderfallen. Weiter aber müssen innerhalb dieses Verhältnisses nach der ganzen Art der Gestaltung der Betriebsgemeinschaft und des Verhältnisses von Führer und Gefolgschaft

durch das AOG bestimmte individuelle Rechte und Pflichten in ihrer bisherigen Bedeutung verneint werden. Denn wenn es auch bejaht werden kann, daß die Gefolgschaftstreue, von der das AOG spricht, eine Treue jedes einzelnen Gefolgschaftsangehörigen ist, und wenn man weiter sogar so weit gehen will, aus dem gemeinsamen Arbeiten von Führer und Gefolgschaft die Pflicht des einzelnen Gefolgschaftsangehörigen zur Arbeitsleistung herzuleiten, andererseits in der Pflicht zur Fürsorge für das Wohl der Gefolgschaft eine Sorge (materieller Art!) auch für den einzelnen Angehörigen der Gefolgschaft begründet sehen will, so sind diese Rechte und Pflichten des Führer-Gefolgschaftsverhältnisses, ihrer ethisch-sittlichen Herkunft entsprechend, doch so unbestimmt, daß sie den Ansprüchen einer rechtlichen Regelung nicht genügen können. Seinem ganzen Wesen nach ist das Führer-Gefolgschaftsverhältnis auch gar nicht auf die Regelung der einzelnen Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter abgestellt, sondern es soll vor allem der Durchführung der neuen Gesinnung im Arbeitsleben dienen. Es hat Aufgaben bekommen, die bisher im Arbeitsrecht nicht geregelt wurden und die überhaupt im Arbeits- und Wirtschaftsleben unbekannt waren. Gerade aus diesem Wesen des Führer-Gefolgschaftsverhältnisses ist aber zu entnehmen, daß das AOG nicht beabsichtigt, durch dieses Verhältnis den Arbeitsvertrag, der völlig andere Aufgaben hat, zu verdrängen und zu ersetzen. Das geht auch daraus hervor, daß das AOG zwar verschiedene arbeitsrechtliche Gesetze ausdrücklich außer Kraft setzt, die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag — die Rechtsgrundlage des Arbeitsvertrages im bisherigen Recht — aber nicht erwähnt. Wenn auch anerkannt werden muß, daß heute weit mehr und in hervorragendem Maße das Arbeitsleben und Arbeitsrecht von ethischen und sittlichen Grundsätzen bestimmt wird, so ist doch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber eine feste rechtliche Regelung des Arbeitsverhältnisses darüber hinaus für überflüssig hält und die Beziehungen des Unternehmers zum Arbeiter nur auf das Führer - Gefolgschaftsverhältnis des AOG abstellen wollte [51]). Es ist hierbei zu beachten, daß die Regelung des AOG immer nur den Unternehmer in seiner Eigenschaft als Führer des Betriebes betrifft, sodaß fest bestimmte Rechte und Pflichten zwischen dem Unternehmer als solchem und dem Arbeiter als solchem verneint werden müßten. Diese Behandlung des Problems kann nicht befriedigen. Vielmehr würde eine derartige Regelung die Rechtssicherheit gefährden, die — um die neue nationalsozialistische Arbeitsordnung zu festigen und durchzusetzen — in jeder Beziehung aufrecht zu erhalten ist. —

In gewisser Weise gehört hierher eine Theorie, die zwar die Notwendigkeit des Bestehens einer besonderen Rechtsfigur neben der Regelung des AOG nicht ganz leugnet, aber doch deren Bedeutung sehr weit einschränkt und die Regelung der Rechtsbeziehun-

[51]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, Vorbem. zu § 26, S. 245 ff.

gen der als Einzelpersonen sich gegenüberstehenden Unternehmer und Arbeiter fast ganz auf die betriebliche Regelung selbst abstellt; und zwar ist es die von Nikisch vertretene Ansicht [52]), der behauptet, daß in der neuen Arbeitsordnung z. B. der Lohnanspruch des Arbeiters, soweit eine betriebliche oder tarifliche Regelung vorhanden sei, nicht besonders auf einen Arbeitsvertrag gestützt zu werden brauche. Der Arbeitsvertrag sei hier überflüssig. Denn der Arbeiter, der in den Betrieb (tatsächlich!) eingeordnet sei, dort mit den übrigen Betriebsangehörigen zusammen arbeite, habe bereits aus den für den Betrieb geltenden Arbeitsbedingungen als Mitglied der Gefolgschaft und Angehöriger des Betriebes Anspruch auf Lohn und könne diesen Anspruch unmittelbar aus der Betriebsordnung oder der Tarifordnung ableiten. Diese Regelung läßt Nikisch durchweg für alle Arbeitsbedingungen gelten und macht nur eine Ausnahme für die Bedingungen, die nach den Bestimmungen des AOG selbst einen Arbeitsvertrag (Nikisch spricht ja nach der von ihm bereits früher aufgestellten Lehre von „Anstellungsvertrag" statt Arbeitsvertrag) voraussetzen. Das sind vor allem die Kündigungsfristen und die Gründe zur fristlosen Lösung des Arbeitsvertrages. Nikisch kommt so zu dem Ergebnis, daß auch bei einer Beschäftigung ohne Vorliegen eines Arbeitsvertrages die Ansprüche und auch die Pflichten bereits aus der Betriebsordnung oder Tarifordnung auf Grund der tatsächlichen Zugehörigkeit zum Betrieb gegeben seien [53]). Er stützt seine Meinung also auf den Gedanken einer tatsächlichen Eingliederung in den Betrieb und die Gefolgschaft. — Gegen die Ansicht Nikisch's soll hier nur erwähnt werden, daß das AOG selbst an keiner Stelle Bestimmungen enthält, die diese Ansicht stützen könnten. Es wäre auch in jeder Weise inkonsequent, wenn man für die wesentlichsten Arbeitsbedingungen den Vertrag als Grundlage verneint, ebenso den Eintritt in den Betrieb sich rein auf tatsächlicher Grundlage regeln läßt und nur für die gesetzlich festbestimmten Beendigungsgründe einen Vertrag als Grundlage annehmen will. Im einzelnen ist bereits eingehend gezeigt worden, welche Gefahren mit einer solchen Regelung, wie Nikisch sie vertritt, verbunden sind [54]). Es ist beachtenswert, daß Nikisch selbst diese Gefahren anerkennt, indem er z. B. feststellt, daß der Arbeitsvertrag die normale rechtliche Grundlage für die Einordnung in den Betrieb bilde. Der Abschluß eines Arbeitsvertrages sei dringend erwünscht, weil nur so die besonderen Beziehungen der Beteiligten eine sichere rechtliche Grundlage erhielten (!). Deshalb

[52]) in AOG, S. 47 ff.; neuerdings in: Die Ordnung der nationalen Arbeit im neuen Deutschland, 1935, und in JW. 1935, S. 1288 ff. —

[53]) (Vgl. auch S. 57 ff.) — ohne aber darauf einzugehen, daß oftmals weder eine Betriebsordnung noch eine Tarifordnung vorliegt noch überhaupt möglich ist. —

[54]) Vgl. auch Potthoff, Das deutsche Arbeitsrecht 1935, S. 51 ff.: für starke Zurückdrängung des Arbeitsvertrages, da heute die wichtigsten Rechtsverhältnisse durch die „Tatsache der Beschäftigung ausgelöst" würden. Widerlegungen bei Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 243.

rechne auch das AOG mit dem Bestehen von Arbeitsverträgen, und deshalb brauchten wir auch eine gesetzliche Regelung des Arbeitsvertrages [55]). Die notwendigen Konsequenzen zieht Nikisch aus diesen Feststellungen jedoch nicht, denn die rechtliche Stellung der Betriebsangehörigen will er nur von der Betriebsgemeinschaft her bestimmen. —

b) Familienrechtliche und sonstige personenrechtliche Treueverhältnisse.

Eine sehr weitgehende Änderung des bisherigen Rechtszustandes vertreten auch die Theorien [56]), die zwar anerkennen, daß mit dem Führer-Gefolgschafts-Verhältnis allein die Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten nicht erschöpft werden können, die aber dem schuldvertraglichen oder überhaupt vertraglichen Grundcharakter des Arbeitsvertrages nicht zustimmen und daher eine andere Form zur Regelung dieser Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Beteiligten suchen. Sie erklären das personenrechtliche Element im Arbeitsverhältnis für vorherrschend oder für ausschließlich herrschend, schließen insofern also an die bereits unter dem früheren Rechtszustand bestehenden Theorien Potthoffs und anderer an [57]). Auch hier sind wiederum innerhalb dieser Gruppe weitgehende Unterscheidungen und Abweichungen vorhanden. Gemeinsam ist diesen Theorien in der Hauptsache der Gedanke, daß für die Arbeitsordnung des AOG und nach der im AOG zum Ausdruck gelangten nationalsozialistischen Arbeitsauffassung ein Arbeits v e r t r a g , insbesondere schuldrechtlichen Charakters, nicht mehr denkbar sei. Es sei nicht mehr der Austausch von Arbeit und Lohn, sondern die gegenseitige Treuepflicht Hauptinhalt des Arbeitsverhältnisses. Bei der Neugestaltung dient dann durchweg der alte deutschrechtliche Treudienstvertrag als Vorbild, der die personenrechtlichen Momente herausgestellt habe und damit im Gegensatz zu dem römischrechtlichen Arbeitsvertrage stehe, der nur auf dem schuldrechtlichen Austauschverhältnis von Arbeit als Ware gegen Entgelt beruhe. Bereits hier ist zu erwähnen, daß die Folgerungen, die heute aus dem alten deutschen Recht gezogen werden, und die Auslegungen hinsichtlich des Treudienstvertrages sehr weitgehend von einander abweichen; wodurch sich wiederum beweisen läßt, daß alte, zu einer bestimmten Zeit in unserer Rechtsvergangenheit bestandene Rechtseinrichtungen und Formen nicht unbesehen in unsere Jetztzeit übernommen werden können. — Weiter berufen sich diese rein personenrechtlichen Theorien zur Begründung ihrer Mei-

---

[55]) Vgl. in JW. 1935, S. 1289 ff.; auch in JW. 1935, S. 2222.

[56]) Vgl. Siebert, in „Deutsches Recht" 1934, S. 461 ff.; Danielcik, in „Die nationale Wirtschaft", 1934, S. 160 ff.; Denecke, in DAR, 1934 S. 219 ff. u. a. m. —

[57]) Vgl. oben unter 1. Teil, III, 2.

nungen auf die im AOG zum Ausdruck gelangten Grundsätze des Nationalsozialismus: den Führergedanken, den Gedanken der Betriebsgemeinschaft und des Zusammenschlusses von Führer und Gefolgschaft zu gemeinsamer Arbeit im Betrieb. So wird aus dem Führergedanken oftmals die Folgerung gezogen, daß es mit diesem Grundsatz unvereinbar sei, wenn sich Arbeiter und Unternehmer im Arbeitsvertrag als Parteien gegenüberstünden und durch Willensaustausch die Arbeitsbedingungen festlegten. Vielmehr müsse aus dem Führerprinzip hergeleitet werden, daß der Unternehmer als Herr der Produktionsmittel auch die Arbeitsbedingungen von sich aus festsetzen könne. Es wird hier also eine Folgerung gezogen, die — wie im vorigen Abschnitt I, 2 gezeigt wurde — nicht nur im Wortlaut des AOG keine Grundlage findet, sondern dem ganzen Sinn und Zweck des AOG geradezu widerspricht, weil dieses eben die privatwirtschaftliche und privatkapitalistische Stellung des Unternehmers nicht erweitern wollte, sondern einschränken zugunsten einer im Namen des Staates und der Volksgemeinschaft übertragenen Führung.

Aus dem Gemeinschaftsgedanken des AOG folgern diese Theorien dann weiter, daß der Gegensatz, den ein schuldrechtlicher Vertrag im Sinne des Dienstvertrages des BGB voraussetze, aus dem neuen Arbeitsrecht ausgeschaltet werden müsse. Gerade weil der Nationalsozialismus die Klassenkämpfe und Klassengegensätze beseitigt habe und an die Stelle der sich gegenüberstehenden Klassen die Gemeinschaft von Unternehmer und Arbeitern gesetzt habe, müsse man auch den Gegensatz, der durch die ganze römischrechtliche Ausrichtung des Schuldrechts bedingt sei und mit eine Wurzel für den Klassenkampf gewesen sei, im Einzelarbeitsverhältnis beseitigen. Daher müsse an die Stelle des schuldrechtlichen Arbeitsvertrages die Form eines dem Gedanken der Gemeinschaft entsprechenden und gerecht werdenden Arbeitsverhältnisses treten. Das könne nur ein personenrechtliches Verhältnis sein, in dem die durch das Führerprinzip bedingte Über- und Unterordnung zum Ausdruck komme, das auch dem Gedanken der Gemeinschaft und der gemeinsamen Arbeit am ehesten gerecht werde, endlich aber als obersten Grundsatz die Treuepflicht enthalte. — Auch hier ist wieder auf den wahren Sinn des AOG hinzuweisen, wonach der Gemeinschaftsgedanke als ethisch-sittlicher Gedanke nur auf das Arbeitsverfassungsrecht beschränkt bleiben muß, nicht aber auf das materielle Arbeitsrecht ausgedehnt werden kann, in dem immer gewisse Interessengegensätzlichkeit vorhanden sein wird. —

Am entschiedensten rückt heute Siebert von der bisherigen Gestaltung des Einzelarbeitsvertrages ab [58]). Er stellt vor allem die Gemeinschaft heraus, die zur alles beherrschenden und alles durchdringenden Lebens- und Gestaltungsgrundlage für alle im

[58]) Vgl. insbesondere sein kürzlich erschienenes Werk: „Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit", 1935; weiter in „Deutsches Recht" 1934, S. 461 ff. (Der Einzelarbeitsvertrag), und bes. in DAR., 1935, S. 95 ff.

Volke vorhandenen und tätigen Kräfte geworden sei. Das AOG beabsichtige mit den Begriffen „Betrieb" und „Betriebsgemeinschaft" nicht nur eine organisatorische Änderung, viel wichtiger sei die durch den Gedanken der Betriebsgemeinschaft hervorgerufene inhaltliche Wandlung des bisher von klassenkämpferischen Interessengegensätzen beherrschten Arbeitsrechts. Von dem grundsätzlichen Empfinden aus, daß Betriebsgemeinschaft, Zusammenwirken, Führung und Gefolgschaft einerseits und der bisherige Typ des Einzelarbeitsvertrages (§§ 611 BGB) andererseits in ihrem Wesen unvereinbare Gegensätze darstellten, müsse man den Arbeitsvertrag in seiner bisherigen Form ablehnen [59]). Siebert geht dabei insbesondere von der Feststellung aus, daß Interessendenken und Gemeinschaftsdenken unüberbrückbare Gegensätze seien. Interessendenken führe allenfalls zu einer Rechtsgemeinschaft, aber niemals zu einer wirklichen konkreten und ganzheitlichen Verbindung, zu einer wirklichen Volksgemeinschaft [60]). Die gegenüberstehenden Interessen als grundlegend und wesentlich anzusehen, sei der entscheidende Fehler, und deshalb sei das Interessendenken als gemeinschaftswidrig abzulehnen [61]). Dementsprechend sei auch die Auffassung, daß die Betriebsgemeinschaft einen „sozialen Ausgleich" darstelle, abzulehnen. Denn auch der Gedanke eines sozialen Ausgleichs beruhe auf einem Interessendenken. Die Betriebsgemeinschaft sei vielmehr eine ganzheitliche und lebendige Gemeinschaft innerhalb der Volksgemeinschaft [62]). Auf dem Boden dieser Gemeinschaft könnten wohl Spannungen zwischen den Gliedern der Gemeinschaft bestehen, aber diese Spannungen seien nicht mehr das Wesentliche des neuen Arbeitsverhältnisses [63]). — Dieses neue Arbeitsverhältnis sei nun also vom Gemeinschaftsdenken aus nicht mehr ein gegenseitiger Vertrag, sondern ein Gemeinschaftsverhältnis, ein personenrechtlicher Tatbestand eigener Art [64]). Die Wirkungen des Arbeitsverhältnisses ließen sich daher nicht mehr in einzelne Rechte und Pflichten zerlegen, sondern das Arbeitsverhältnis beruhe vom Gemeinschaftsdenken aus auf einer „totalen Eingliederung der Person in eine sie voll erfassende Gemeinschaft" und empfange daraus einen „besonderen personenrechtlichen Charakter, der es einem familienrechtlichen Verhältnis, einem Beamtenverhältnis, teilweise auch einem körperschaftlichen Mitgliedschaftsverhältnis" nähere. Alle Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis gingen dann auf ein personenrechtliches Treuverhältnis zurück, bei dem die Ansprüche und Pflichten nur einzelne Auswirkungen und Mittel zur Durchführung seien [65]). — Siebert kommt so zu einer völligen Eingliederung des Arbeitsver-

[59]) in „Deutsches Recht, S. 461.
[60]) in „Arbeitsverhältnis", S. 13.
[61]) ebenda, S. 14.
[62]) a. a. O., S. 13.
[63]) a. a. O., S. 14.
[64]) S. 13.
[65]) S. 13; vgl. auch bereits: in Deutsches Recht, 1934, S. 461 ff.; 537 ff.; 1935, S. 481 ff.

hältnisses in die auf dem Gemeinschafts- und Gefolgschaftsgedanken beruhende Betriebsgemeinschaft. Die Grundlagen für das Wesen und den Inhalt des neuen Arbeitsverhältnisses sind für ihn Gemeinschaft, Führung, Gefolgschaft, soziale Ehre, Treue- und Vertrauensverhältnis [66]). Die beiderseitigen Fürsorge- und Treupflichten könnten nach Inhalt und Rechtsfolgen unmittelbar und einheitlich aus § 2 Abs. II AOG bestimmt werden [67]).

Dieses Arbeitsverhältnis, das Siebert als „personenrechtliches Gliedschaftsverhältnis" bezeichnet, da der Ausdruck „Rechtsverhältnis" in individualistischem Sinne gebraucht werde, setzt Siebert in Beziehung zum Familienrecht, Körperschaftsrecht, zum Beamtenverhältnis usw. und leitet hieraus einzelne Folgerungen für die Gestaltung des neuen Arbeitsverhältnisses her [68]). Insbesondere betont er, daß die personenrechtliche Rechtsbeziehung, die Treuepflicht im Arbeitsverhältnis den überragenden Vorrang vor vermögensrechtlichen Ansprüchen und Pflichten habe [69]). Von diesem Gesichtspunkt aus behandelt er dann auch die einzelnen Äußerungen und Wirkungen des Arbeitsverhältnisses. Im übrigen betont er, daß die personenrechtliche Natur keinesfalls dazu führe, daß nunmehr ein Recht des Unternehmers an der Person des Beschäftigten als absolutes Recht an fremder Person anerkannt werden müßte. Ebenfalls führe sie nicht dazu, daß nunmehr der Vermögenswert der Arbeitskraft für den Beschäftigten verneint oder geschmälert würde [70]). Aber sie stelle das Arbeitsverhältnis in Gegensatz zu der materialistisch-vermögensrechtlichen Auffassung des Dienstvertrages im BGB [71]). Aus diesen Darlegungen ist zu ersehen, daß Siebert jede fest bestimmte Regelung der Einzelbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigtem ablehnt und sie innerhalb des Gemeinschaftsverhältnisses vor allem auf Grund des § 2 AOG regeln will. Eine derartig auf allgemeinen Grundregeln und Gedanken beruhende Gestaltung des Arbeitsverhältnisses bringt nicht die rechtliche Klarheit und Sicherheit, die gerade für das Einzelarbeitsverhältnis im Interesse der beteiligten Arbeitsmenschen verlangt werden muß. Die Lehre Sieberts ist daher abzulehnen [72]). Im übrigen wird auf die einzelnen Gedanken der Lehre noch eingegangen werden. —

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Danielcik [73]), der davon ausgeht, daß alle sich aus dem Wortlaut des AOG ergebenden scheinbaren Zweifelsfragen aus den Grundgedanken des Gesetzes

---

[66]) in „Deutsches Recht", S. 462.

[67]) in „Arbeitsverhältnis", S. 59; gegen die von Siebert hier vertretene Ansicht vgl. RAG., Bd. 15, S. 46 ff.

[68]) Vgl. in „Arbeitsverhältnis" die Abschnitte C. II 1—7.

[69]) in Deutsches Recht, S. 462/3.

[70]) in „Arbeitsverhältnis", S. 84.

[71]) in Deutsches Recht, S. 463.

[72]) Vgl. auch Klotz, Grundformen werdenden Arbeitsrechts, in DAR. 1935, S. 95 ff., der ähnliche Anschauungen wie Siebert vertritt.

[73]) in „Die nationale Wirtschaft", 1934, S. 160 ff.: „Deutscher Sozialismus und Deutsches Arbeitsrecht".

zu lösen seien. Die Grundgedanken des deutschen Sozialismus seien nicht nur auf die Neuorganisation der Arbeit und ihres Rechtes zu beschränken, sondern sie zeigten sich auch in den einst rein liberalistischen Vorschriften des privaten Arbeitsvertragsrechts. Auch im Einzelarbeitsvertragsrecht seien daher aus der Grundlage heraus, die das Arbeitsordnungsgesetz biete, die Grundgedanken der nationalsozialistischen Rechtsauffassung als geltendes Recht zu behandeln. Dementsprechend sei das Arbeitsverhältnis nicht mehr als ein rein obligatorisches Schuldverhältnis anzusehen, wie es der Dienstvertrag des BGB sei, sondern als „ein sich auf der gegenseitigen Treuepflicht aufbauendes Persönlichkeitsverhältnis, das naturgemäß auch eine Reihe schuldrechtlicher Wirkungen — z. B. Lohnzahlungspflicht — habe“ [74]). Das Wesentliche aber sei nicht mehr die „obligatio“ wie im römischen Recht, sondern das Treueverhältnis. Danielcik folgert dann aber sehr weitgehende, bestimmte rechtliche Wirkungen aus dem Treuegedanken. So meint er z. B., daß alle mit dem Treugedanken nicht zu vereinbarenden Handlungen des einen oder anderen Vertragsteiles für nichtig erklärt werden könnten, so z. B. die Entlassung eines langjährigen Angehörigen der Gefolgschaft, wenn er sich nicht nachweislich einen Verstoß gegen seine Pflichten habe zuschulden kommen lassen. Ebenso leitet er aus der Treuepflicht die Gewährung von bezahltem Urlaub her; eine Verweigerung wäre gleichfalls als Verstoß gegen die Treuepflicht anzusehen [75]). In dieser bestimmten Gestaltung des Treueverhältnisses unterscheidet sich Danielcik von den übrigen Theorien, die den Arbeitsvertrag ebenfalls in ein Treueverhältnis umgestalten wollen. Diese belassen es vielmehr bei einer Darlegung des Wesens und lassen den materiellen Inhalt inbezug auf bestimmte Pflichten und Rechte unberücksichtigt. —

Sehr eingehend nimmt Denecke [76]) zu der Frage der Neugestaltung des Arbeitsvertrages Stellung. Auch er entscheidet sich im wesentlichen für den Charakter eines Treueverhältnisses. Die Bestimmungen des AOG könnten nur dann Leben gewinnen, wenn auch die sachlich-rechtlichen Grundlagen von dem Blickpunkt der Ideenwelt des Nationalsozialismus aus einer Betrachtung unterzogen würden. Denecke zieht aus dieser Betrachtung die Folgerung, daß sich aus dem Wesen der Betriebsgemeinschaft die Entscheidung der Frage ergebe, ob das Arbeitsverhältnis ein vermögensrechtliches oder personenrechtliches Verhältnis sei. Aus den Bestimmungen des AOG, das an manchen Stellen von vertraglichen Beziehungen spreche, könne schon darum eine Entscheidung nicht entnommen werden, weil es sowohl vermögensrechtliche, wie auch personenrechtliche Verträge gebe. Die Entscheidung folge vielmehr aus dem Wesen des gegenseitigen

[74]) S. 161.
[75]) S. 161.
[76]) in „Deutsches Arbeitsrecht“, 1934, Heft 7/8, S. 219 ff. „Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis“.

Schuldverhältnisses und dem der Gemeinschaft. Denn der gegenseitige vermögensrechtliche, schuldrechtliche Vertrag gehe nur auf Austausch von Leistungen zwischen zwei rechtlich gleichen Parteien. Mit dem Austausch der Leistungen wären ihre Beziehungen zu einander erloschen. Zum Wesen der Betriebsgemeinschaft gehöre demgegenüber aber gerade, daß die Pflichten nicht mit dem Austausch von Arbeitsleistung und Lohnzahlung erschöpft seien. Sondern es solle ein besonderes Treueverhältnis herrschen, das beide Parteien mit einem Gemeinschaftsgeist und -gefühl beseelen solle [77]). Der personenrechtliche Einschlag wäre so zum wesentlichen Merkmal des Arbeitsverhältnisses geworden, sodaß er den Charakter desselben bestimmen müsse [78]). — Ein Hauptmerkmal dieses neuen Arbeitsverhältnisses sieht Denecke wie Siebert in dem Grundsatz des AOG, daß der Unternehmer als Führer des Betriebes die Entscheidung in allen betrieblichen Angelegenheiten hat. Wenn diese Entscheidungsbefugnis auch nicht mit einem schuldrechtlichen Arbeitsvertrag zu vereinbaren sei, so doch durchaus mit einem personenrechtlichen Vertragsverhältnis, da dieses ja gerade auf Führung und Unterordnung aufgebaut sei. Bei der vom AOG gewollten zweckgebundenen Gemeinschaftsarbeit im Betriebe und dem Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeitern sei aber eine schematische Gleichberechtigung nicht möglich, wie sie im Arbeitsvertrag vorhanden sei [79]). — Denecke will nun das neue personenrechtliche Arbeitsverhältnis nicht als Einzelarbeitsverhältnis aufgefaßt haben, sondern er will von einer derartigen Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen den Einzelbeteiligten völlig absehen und die Neuregelung mehr im Rahmen der Betriebsgemeinschaft vornehmen. So sagt er, daß beim vermögensrechtlichen Schuldverhältnis nur die Parteien des einzelnen Vertrages zu einander in Rechtsbeziehungen träten, Rechte und Pflichten ergäben sich nur aus dem einzelnen Schuldvertrage. Treue, Kameradschaft, Aufgehen in dem Gemeinschaftswillen seien aber mit der nur zahlenmäßigen Zusammenfassung einer Vielzahl von untereinander selbständigen, nur vermögensrechtlichen Schuldverträgen nicht vereinbar. Denecke verneint damit also die Notwendigkeit einer — isolierten — Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten. Er geht von einer Individualregelung, wie sie der Einzelarbeitsvertrag verkörpert hat, vollkommen ab und stellt die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Arbeiter einzig und allein auf die durch die Betriebsgemeinschaft begründeten Gemeinschaftsbeziehungen ab, wonach ein Arbeitsverhältnis nur im Zusammenhang mit den übrigen Arbeitsverhältnissen des Betriebes gedacht werden könne. Der Abschluß zahlreicher vermögensrechtlicher Schuldverhältnisse läßt sich seiner Ansicht nach wohl mit der liberalisti-

[77]) a. a. O., S. 221.
[78]) S. 222.
[79]) S. 222.

schen Soziallehre in Einklang bringen, nach der der Zusammenschluß der Individuen zum Staat oder sonstigen Gemeinschaften nur durch freiwillige Verträge erfolgen könne, nicht aber mit dem nationalsozialistischen Gesellschaftsbegriff, wonach jede Gemeinschaft von dem Gemeinschaftswillen und -geist seiner Mitglieder getragen werde. Denecke übersieht dabei jedoch, daß gerade der Nationalsozialismus die Einzelpersönlichkeit nicht verneint und die Gemeinschaft durchaus organisch auf den einzelnen Mitgliedern aufbaut. Die Schlüsse, die Denecke aus seiner Auffassung von dem Wesen der Gemeinschaft zieht, können daher nicht dem Sinn eines organischen Gebildes, wie es die Betriebsgemeinschaft ist, entsprechen. So erklärte Denecke, die Betriebsgemeinschaft komme heute nicht mehr durch den Abschluß einzelner vermögensrechtlicher Schuldverträge zustande, sondern sie sei selbst als unterster organischer Teil der Wirtschaftsverfassung anzusehen und sei daher — also die Betriebsgemeinschaft selbst und als solche (!) — ein überwiegend personenrechtliches Verhältnis [80]). Dieses Rechtsverhältnis „Betriebsgemeinschaft" will Denecke dann jedoch nicht durch eine reine Tatsache, den Eintritt in den Betrieb zustandekommen lassen, sondern es solle durch die in der Bewerbung und der Annahme liegenden beiderseitigen Willenserklärungen begründet werden. Insofern erkennt er auch heute noch einen zwischen den beiden einzelnen Beteiligten, Unternehmer und einzelnem Beschäftigten, abgeschlossenen Vertrag an. Dieser sei aber als ein personenrechtlicher Arbeitsvertrag anzusehen, auf den jedoch in gewissen Beziehungen die allgemeinen Grundsätze der Schuldverhältnisse anzuwenden seien, wie sie ja auch z. B. auf das personenrechtliche Familienverhältnis angewendet würden [81]). Den Widerspruch, der darin zu sehen ist, daß er einmal die Betriebsgemeinschaft als solche als unterstes Rechtsverhältnis im Arbeitsleben bezeichnet, dann aber wiederum einen Arbeitsvertrag zwischen den Einzelpersonen nicht gänzlich ausschließen will, klärt Denecke nicht auf. Die einzelnen Pflichten und Rechte leitet er dann auch wiederum nicht aus diesem Arbeitsvertrag her, sondern aus der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft. Denn die Pflichten der Fürsorge und Treue — die Denecke als Hauptpflichten des neuen Arbeitsverhältnisses ansieht — seien nicht nur gegenüber dem außerhalb der Gemeinschaft stehenden Staat begründet, sondern seien in erster Linie Pflichten innerhalb der Betriebsgemeinschaft, gegenüber den einzelnen Mitgliedern derselben. Auch die Möglichkeit, daß gemäß § 3 AOG nicht der Unternehmer selbst, sondern ein von ihm Beauftragter die sozialen Pflichten zu erfüllen habe, also unter Umständen zwei verschiedene Personen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis — sowohl der eigentlichen schuldrechtlichen als auch der sozialen — verantwortlich seien, könne nicht diese Annahme widerlegen [82]).

[80]) S. 222.
[81]) S. 222/3. [82]) S. 220.

Eine weitere Meinung dieser Art wird von Weigelt vertreten [83]), der ebenfalls die Form eines Vertrages, insbesondere eines Schuldvertrages für das Arbeitsverhältnis ablehnt. Das AOG ginge wieder, an die alten deutschrechtlichen Gedanken anknüpfend, von einer persönlichen und vergeistigten Auffassung der Dinge aus, von der aus betrachtet das Arbeitsverhältnis auf einer völlig anderen Ebene liege als die typischen Verträge des bürgerlichen Rechts. Es weise nicht wie diese eine Sachgesamtheit oder Warengattung als Rechtsobjekt auf, vielmehr eine ganz persönliche Leistung [84]). Demzufolge könne das Arbeitsverhältnis des deutschen Arbeiters nicht weiterhin dem Herrschaftsbereich der bürgerlich-rechtlichen Vertragsgrundsätze unterstellt werden, sondern müsse als Rechtsverhältnis besonderer Art eine seinem innersten Wesen entsprechende Prägung erfahren. Diese habe davon auszugehen, daß Unternehmer und Arbeiter heute eine aus Haupt und Gliedern bestehende Lebens- und Berufsgemeinschaft bildeten, innerhalb deren den dienenden Teilen eine genossenschaftliche Mitwirkung bei der Erledigung der gemeinschaftlichen Angelegenheiten eingeräumt sei. Es handele sich also nicht mehr nur um eine Reihe von gegenseitigen Berechtigungen und Verpflichtungen, vielmehr bestehe eine rechtliche Gebundenheit besonderer Art, eine bestimmte Rechte und Pflichten auslösende Lebensgemeinschaft, wie sie schon in der alten deutschen „Teilhaftigkeit am Recht" ihren sinnfältigen Ausdruck gefunden habe [85]). Weil die Parteien des Arbeitsverhältnisses zu einer rechtlichen Gemeinschaft verbunden seien, an der jeder teilnehme, bestünden auch auf beiden Seiten Berechtigungen und Verpflichtungen. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, erscheine das Arbeitsverhältnis als die Verkörperung des Gedankens „Freiheit in sittlicher Bindung und Sicherung dieser Bindung in einer auf genossenschaftlicher Grundlage beruhenden Rechtsordnung" [86]). Die den liberalen Gedankengängen dagegen entsprechende, geradezu sinnwidrige Bezeichnung des Arbeitsverhältnisses als Arbeitsvertrag und seine Ausgestaltung nach schuldrechtlichen Grundsätzen stehe in schroffstem Widerspruch zu den Anschauungen des nationalsozialistischen Staates vom Wesen der Arbeit, die immer ein Stück des Menschen selbst bilde. Das Arbeitsverhältnis enthalte vielmehr Rechtsbeziehungen, die nicht auf die Befriedigung eines materiellen Interesses (!), sondern auf ein persönliches Verhalten gerichtet seien, sie stellten keine selbständigen Rechtspflichten, sondern nur Äußerungen einer sittlichen Verpflichtung

---

[83]) in „Arbeitsrecht und Volkstum", 1934, S. 5 ff.: „Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis". Vgl. auch ders. in „Deutsches Recht", 1934, S. 126 ff. — Vgl. auch Schuhmann-Brucker, „Sozialpolitik im neuen Staat", 1934, insbes. S. 180 ff., auf die sich Weigelt des öfteren bezieht. —

[84]) a. a. O., S. 7. Weigelt neuerdings in Soz. Prax. 1935, S. 550 ff.

[85]) Vgl. Oppermann, in „Sächs. Arch. f. Rechtspflege", 1925, S. 81 ff.

[86]) Vgl. Wolzendorf, „Vom deutschen Staat und seinem Recht", 1917, S. 20 ff.

dar [87]). Weigelt sieht demnach das Arbeitsverhältnis als ein sozialrechtliches Personenverhältnis an, aus dem zwar gewisse Rechtspflichten entspringen, bei dem aber im übrigen die personenrechtlichen Beziehungen überwiegen sollen. Die in diesem Sinne vorzunehmende Neugestaltung solle „den im öffentlichen Recht verankerten ständischen Gedankengängen folgen" [88]). Er weist hierbei auf die „Erste Verordnung über den vorläufigen Aufbau des Reichsnährstandes" vom 8. Dezember 1933 hin, vor allem auf den § 2 dieser Verordnung. Im Sinne der dort aufgezeigten öffentlichrechtlichen Richtung der Regelung von Arbeitsverhältnissen soll sich nach Weigelt die Neugestaltung des Arbeitsverhältnisses vollziehen. Er macht diese also ganz ausdrücklich von Art und Umfang der ständischen Gliederung des deutschen Volkes abhängig [89]); insbesondere will er von einer „auch auf unwesentlichste Einzelheiten ausgedehnten gesetzlichen Festlegung der beiderseitigen Rechte und Pflichten" darum absehen, weil u. a. durch die ständischen Instanzen eine endgültige Bereinigung der Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter sowie deren Umwandlung in ein gegenseitiges Verhältnis des Vertrauens herbeigeführt werde [90]). Damit aber übersieht Weigelt die tatsächlich zur Zeit gegebenen Möglichkeiten und verkennt, daß die den Aufbau des Reichsnährstandes betreffenden Bestimmungen des neuen Staates nicht auf andere Gebiete des volklichen Lebens übertragen werden können, da sie ausdrücklich und ausschließlich, soweit sie eben den ständischen Aufbau betreffen, auf den Reichsnährstand beschränkt bleiben müssen. Im übrigen aber kommt auch Weigelt zu ebendenselben, nicht dem Sinn des AOG entsprechenden Schlüssen, wie die übrigen Vertreter dieser Theoriengruppe. Jedoch muß bei ihm noch als besonders bedenklich erscheinen, daß er in der neuen Regelung des Arbeitsverhältnisses bestimmte Rechte und Pflichten glaubt entbehren zu können und daß er die gegenseitigen Rechtsbeziehungen allein und ausschließlich auf die persönliche Verbundenheit, das persönliche Treue- und Vertrauensverhältnis als Grundlage abstellen will [91]). —

In letzter Zeit hat sich auch Oppermann [92]) dem Problem der Neugestaltung des Arbeitsrechts zugewandt, der ebenfalls die personenrechtlichen Gedanken betont und in der Läuterung des Gemeinschaftsgedankens sowie in der Vertiefung des Persönlichkeitsgedankens die wesentlichsten Merkmale des AOG findet [93]). Ob-

---

[87]) a. a. O., S. 8.

[88]) S. 9.

[89]) Vgl. auch seine Ausführungen in „Arbeitsrecht und Volkstum", 1933, S. 373 ff.: „Die Deutsche Arbeitsfront in ihrer gegenwärtigen und zukünftigen Gestalt".

[90]) a. a. O., S. 10.

[91]) a. a. O., S. 10; vgl. auch Nikisch, in Jher. Jahrb., Bd. 80, S. 28, auf den sich Weigelt hier bezieht.

[92]) „Deutsche Rechtsgedanken in der neuen Arbeitsverfassung", in DAR 1934, Heft 12, S. 332 ff.

[93]) S. 336 a. a. O.

wohl er auf das Problem einer Neugestaltung des Arbeitsvertrags selbst nicht eingegangen ist, läßt er erkennen, daß er die Regelung der Arbeitsbeziehungen nach dem AOG auf das Gemeinschaftsverhältnis in der Betriebsgemeinschaft abgestellt wissen will. — Nach eingehenden Schilderungen der Rechtsvergangenheit [94]) des deutschen Arbeitsrechts und Aufzeigung der deutschen Rechtsgedanken, die in der neuen Arbeitsverfassung verwirklicht sind, kommt Oppermann zu der Feststellung: „Die Betriebsgemeinschaft, die das Gesetz hier erfordert, ist eine doppelte, Gemeinschaft zwischen Unternehmer und Gefolgschaft, und Einordnung derselben in die höhere Gemeinschaft von Volk und Staat. In dieser doppelten, ineinander verschlungenen Gemeinschaft liegt das charakteristische Merkmal der neuen Ordnung, das in der deutschrechtlichen Gedankenwelt wurzelt, zugleich aber über sie hinausführt. Ihr Vorbild ist in den mannigfachen sozialen Bindungen des deutschen Mittelalters zu suchen, ...: in dem vielfach gegliederten Ständewesen, in Lehnrecht und Hofrecht in Agrargemeinschaften, Zünften usw. .... Hier wie dort eine fest geschlossene Rechtsgemeinschaft, aus der Recht und Pflicht des einzelnen sich ergibt." [95]) Oppermann sieht also die Betriebsgemeinschaft s e l b s t als die Grundlage der Rechte und Pflichten des einzelnen Gefolgschaftsangehörigen an. Er stellt sie also als eine feste Rechtsgemeinschaft dar, eine Ansicht, die fast allgemein in dieser Bedeutung abgelehnt wird [96]). Von diesem Gemeinschaftsgedanken aus will Oppermann alle Zweifelsfragen im Einzelfalle lösen, so z. B. hinsichtlich der Stellung und Aufgaben des Vertrauensrates, oder hinsichtlich des in den §§ 56 ff. AOG geregelten Kündigungsschutzes. Immerhin weist er daraufhin, daß die grundsätzliche Umgestaltung des Arbeitsrechts in diesem Sinne, insbesondere was das Verhältnis zwischen Unternehmer und Gefolgschaft anbelange, noch in der Entwicklung begriffen sei. Denn das ferne Ziel der Entwicklung sei, den Schwerpunkt des Arbeitslebens in den Betrieb zu verlegen, das aber setze eine nur ganz allmählich zu erreichende geistige Umgestaltung der arbeitenden Menschen voraus [97]). Oppermann sieht also die starken Bedenken, die gegen eine nur auf der Rechtsgrundlage der Betriebsgemein-

---

[94]) Oppermann stützt sich vor allem auf die großen Werke Gierkes, der in seinem Monumentalwerk über das deutsche Genossenschaftsrecht geradezu das Fundament des heutigen deutschen Arbeitsrechts gegeben habe. Weiter zeigt Oppermann, daß die Gedankengänge Gierkes von der Rechtsprechung aufgegriffen seien. Das zeige die Entsch. des RG in RGZ, Bd. 106, S. 272 ff. und die an diese Entsch. anschließenden Entsch. des RAG. In gewisser Beziehung handele es sich also bei den Gedanken des AOG um die Fortbildung von Ideen, zu denen bereits das bisherige Arbeitsrecht die Ansätze aufwies.

[95]) a. a. O., S. 337. Oppermann weist hierbei auf die Ausführungen Wolzendorffs, a. a. O., S. 20, hin.

[96]) Mansfeld-Pohl, S. 98.

[97]) a. a. O., S. 338; mit Hinweisen auf Mansfeld, in DAR, 1934, S. 33; in „Deutsches Recht", S. 123 ff. (1934) usw.; —

schaft beruhende Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen sprechen. —

Alle diese erörterten Meinungen sind also nicht bedenkenfrei und gestatten keine sichere Regelung der arbeitsrechtlichen Beziehungen vor allem zwischen den beiden Einzelbeteiligten, die heute noch erfordert werden muß. Teilweise widersprechen die vertretenen Ansichten in ihren weitgehenden Folgerungen, die aus den ethisch-sittlichen Bestimmungen oder den alten deutschen Rechtsgedanken für die Neugestaltung des Arbeitsrechts und des Arbeitsvertragsrechts gezogen werden, den Bestimmungen des AOG, wie sie sich wirklich darstellen. Ein Vergleich mit den aufgezeigten Grundzügen des AOG und den hier gefundenen Ergebnissen zeigt, daß diese Theorien in mancher Beziehung weit über das Ziel, das das AOG gesetzt hat, hinausschießen. Oftmals aber zeigen sich auch innere Widersprüche und Unklarheiten, sodaß diese Meinungen nicht als einwandfreie Lösung des Problems der Neugestaltung des Arbeitsvertrages anzusehen sind. —

2. Ist eine Einordnung des Einzelarbeitsverhältnisses in das neue Rechtssystem des AOG in der Form eines Arbeitsvertrages (des Schuldrechts) möglich?

Den Theorien, die den Charakter eines schuldrechtlichen Arbeitsvertrages mit den neuen Begriffen und Anschauungen, wie sie im AOG enthalten sind, nicht mehr für vereinbar halten, die daher eine völlige Umgestaltung des Arbeitsvertrages in ein irgendwie gestaltetes Treueverhältnis vorgenommen haben oder gar eine besondere Rechtsfigur des Arbeitsverhältnisses neben dem durch das AOG gegebenen Führer-Gefolgschaftsverhältnis überhaupt verneinen, stehen die Anschauungen gegenüber, die grundsätzlich die Regelung des Arbeitsverhältnisses und damit der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Arbeiter in einem Arbeits v e r t r a g e bejahen. Aber auch diese Meinungen sind nicht einheitlich, sondern gehen in der näheren Ausgestaltung, ja bereits in der Begriffsbestimmung des Wesens des Arbeitsvertrages in mancher Beziehung auseinander. Eine Unterscheidung ist vor allem danach zu treffen, ob der Arbeitsvertrag in der Art des bisherigen rein schuldrechtlichen Dienstvertrages des BGB beibehalten wird, oder aber ob eine Abstellung der Neugestaltung des Arbeitsvertrages auf mehr oder weniger stark ausgeprägte personenrechtliche Elemente vorgenommen wird.

a) S c h u l d r e c h t l i c h e V e r t r a g s f o r m in A n l e h n u n g a n d i e F o r m e n d e s B G B.

In dieser Hinsicht ist zuerst zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag trotz Erlasses des AOG weiterhin einer der im BGB gesetzlich

geregelten Vertragsarten des Schuldrechts unterstellt werden kann. Es käme vor allem der Dienstvertrag in Frage, der nach der herrschenden Lehre bisher die gesetzliche Grundlage für die rechtliche Regelung der Beziehungen des Einzelarbeitsverhältnisses abgegeben hat. In der Schilderung der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsvertrages ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der Dienstvertrag des BGB zu einer Zeit entstanden ist, der ganz andere soziale Probleme gestellt waren, als unserer Zeit. Außerdem aber ist, wie das ganze BGB, so auch der Dienstvertrag vom Standpunkt der liberalistischen Weltanschauung aus geschaffen. Es soll hier zwar nicht die Meinung geteilt werden, die heute sehr viel vertreten wird, daß der Dienstvertrag des BGB seinem Wesen nach rein römischrechtlichen Ursprungs sei oder vielmehr sich aus dem römischen Recht entwickelt habe, sondern vielmehr soll der Ansicht Gierkes beigepflichtet werden, daß der Gedanke eines Dienstvertrages nicht aus dem römischen Recht stammt. Denn an sich hat sich der Begriff des Dienstvertrages aus dem alten deutschen Dienstvertrag entwickelt, während ja die römischrechtliche Form des Arbeitsverhältnisses nicht der Dienstvertrag war, sondern die Dienstmiete, die im wesentlichen den Bestimmungen der gewöhnlichen (Sach-) Miete unterstellt war. — Es wird jedoch nicht verkannt, daß der Gedanke des Dienstvertrages stark verfälscht worden ist, insbesondere dadurch, daß er nicht mehr ein Vertrag im Sinne des alten deutschen Schuldrechts war, sondern im Sinne der römischen „Obligatio" gestaltet wurde. Die personenrechtlichen Elemente, vor allem die gegenseitige Treuepflicht, die dem alten deutschen Dienstvertrag des deutschen Schuldrechts immer Wesensmerkmale waren, fehlen dem Dienstvertrag des BGB ganz [98]). Vor allem machte sich auch der Einfluß des wirtschaftlichen und politischen Liberalismus insofern stark bemerkbar, als der Dienstvertrag auf das Arbeitsverhältnis des in abhängiger Arbeit stehenden Arbeiters nicht in der diesem eigenartigen soziologischen Verhältnis entsprechenden Weise angewandt wurde, sondern der auch für den Dienstvertrag des BGB geltende Grundsatz der Vertragsfreiheit unterwarf tatsächlich den wirtschaftlich und persönlich abhängigen Arbeitnehmer dem Diktat des Arbeitgebers. Trotz der Bemühungen Gierkes und der übrigen deutschrechtlichen Vertreter hat der Dienstvertrag also nicht die Ausgestaltung erfahren, die dem Arbeitsverhältnis gerecht wird. Gerade aus diesem Grunde mußte später manche gesetzliche Sonderregelung, vor allem zum Schutze der Arbeitnehmer, vorgenommen werden. Diese Gründe waren maßgebend dafür, daß in der Wissenschaft und Rechtsprechung der eigenartige soziologische Charakter des Arbeitsverhältnisses in immer zunehmendem Maße dadurch betont wurde, daß eine Identifizierung des Arbeitsvertrages mit dem Dienstvertrag des BGB abgelehnt wurde und immer mehr das

[98]) Abgesehen von dem personenrechtlichen Einschlag geringen Grades, der vielleicht im § 618 zu erblicken ist. —

eigene Wesen des Arbeitsvertrages herausgestellt wurde. Und zwar ging diese Entwicklung in der Richtung einer Anerkennung und Betonung der personenrechtlichen Abschattierung des Arbeitsvertrages. Die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag wurden daher nur noch als gesetzliche Grundlage für die Regelung der Arbeitsbeziehungen anerkannt, im übrigen aber dem sozialrechtlichen Wesen des Arbeitsvertrages in weitem Maße Rechnung getragen. —

Es ist daher heute, wo durch den Erlaß des AOG und durch die ganze nationalsozialistische Rechtserneuerung diese Entwicklung im Sinne einer starken Berücksichtigung alter deutscher Rechtsgedanken und neuer sozialer Anschauungen entscheidend vorgetragen ist, eine identifizierende Unterstellung des Arbeitsvertrages unter die Bestimmungen des BGB über den Dienstvertrag, eine Gleichsetzung des Rechtsbegriffs „Arbeitsvertrag" und des Rechtsbegriffs „Dienstvertrag", wie er im BGB festgelegt ist, abzulehnen. Eine solche Behandlung des Arbeitsvertrages würde nicht mehr mit der nationalsozialistischen Rechtsanschauung und dem heute erkannten Wesen des Arbeitsvertrages zu vereinbaren sein. Damit sind auch alle die Ansichten, die gerade im praktischen Leben noch stark vorherrschen, nach denen der Arbeitsvertrag eben „der Dienstvertrag des BGB" ist, als nicht mehr dem neuen Recht entsprechend abzulehnen. — Damit soll aber nicht verneint werden, daß de lege lata die Vorschriften des BGB — vor allem über den Dienstvertrag — im einzelnen noch die positivrechtliche Grundlage für die Regelung der arbeitsvertraglichen Beziehungen darstellen [99]). — Ob die Form eines schuldrechtlichen Vertrages für den Arbeitsvertrag gänzlich zu verneinen ist, soll an dieser Stelle nicht behandelt werden.

Es müßte aber weiter untersucht werden, ob eine der anderen Arten von Schuldverträgen, wie sie das BGB kennt, als gesetzliche Grundlage für den Arbeitsvertrag in Übereinstimmung mit der durch das AOG geschaffenen Arbeitsordnung in Betracht kommt. Der Werkvertrag soll hierbei nicht berücksichtigt werden; daß er aus grundsätzlichen Erwägungen nicht in Betracht kommt, ist bereits oben dargelegt worden [100]). Selbstverständlich ist es, daß der Kaufvertrag und der Mietvertrag als Vorbild für den Arbeitsvertrag heute weniger denn je in Betracht kommen. — Gerade aber in Hinsicht auf die Einführung des Gemeinschaftsgedankens in das Arbeitsrecht durch das AOG sind Gedanken aufgetaucht, ob der Arbeitsvertrag nicht, ohne seinen grundsätzlichen Charakter als Vertrag des Schuldrechts aufgeben zu müssen, einer der schuldrechtlichen Vertragsarten des BGB unterstellt werden könnte, die die Regelung der Rechtsbeziehungen einer

[99]) Vgl. neuerdings Potthoff, Das Deutsche Arbeitsrecht, 1935, vor allem S. 54: Der Arbeitsvertrag sei auch heute eine Unterart des Dienstvertrages nach § 611 BGB, aber durch die Regelung der Betriebsgemeinschaft im AOG sei dieser Arbeitsvertrag beinahe überflüssig geworden.

[100]) Vgl. oben zu 1. Teil, III, 1.

Gemeinschaft zum Gegenstande haben. Es kämen dafür vor allem die Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag in Frage. Diese Frage hat Siebert bei der Erörterung der Neugestaltung des Arbeitsvertrags im Sinne einer Gemeinschaftsregelung geprüft [101]). Er geht davon aus, ob nicht „das Arbeitsverhältnis unter die zweite Grundform persönlicher Verkettung gebracht werden und somit ein Gemeinschaftsverhältnis (Gesellschaftsverhältnis), ein Schuldverhältnis auf Zusammenwirken — wie Henle es nenne — darstellen" könne. Siebert kommt jedoch zu einer Ablehnung dieses Gedankens. Denn das Gesellschaftsverhältnis des BGB (§§705 ff.) sei viel zu individualistisch aufgebaut, als daß es die Gemeinschaftsbeziehungen des Arbeitsverhältnisses regeln könne. Es summiere sich in ihm gewissermaßen der Eigennutz, und von einer wirklichen Gemeinschaft sei wenig zu merken. Er weist weiter daraufhin, daß auch der Gesellschaftsvertrag von der herrschenden Lehre als gegenseitiger Vertrag angesehen werde. Da also für den Gedanken von Führung und Gefolgschaft — Siebert lehnt ja, wie bereits gezeigt wurde, die Rechtsfigur eines gegenseitigen Vertrages für das Arbeitsverhältnis ab und verlangt ein Über- und Unterordnungsverhältnis — in den Gemeinschaftsverhältnissen des BGB nach ihrer grundsätzlichen Gestaltung kein Raum sei, sei auch die Einordnung des Arbeitsvertrages wie in die gegenseitigen Austauschverträge so auch in den Gesellschaftsvertrag des BGB abzulehnen. — Es ist hier ebenfalls zur Ablehnung der Frage zu kommen, ob der Gesellschaftsvertrag die Form für die neue Arbeitsvertragsgestaltung abgeben könne. Jedoch aus grundsätzlich anderen Gründen als Siebert, dessen Ansicht, daß der Arbeitsvertrag nicht weiterhin ein gegenseitiger Vertrag sein könne, bereits abgelehnt wurde. Hier ist vielmehr zu einer Ablehnung darum zu kommen, weil der Gesellschaftsvertrag — ohne näher zu prüfen, wieweit tatsächlich von einer Gemeinschaft gesprochen werden kann [102]) von g l e i c h e n Interessen ausgeht. Er regelt die Rechtsbeziehungen zweier oder mehrerer Personen, die sich zum Zwecke der Erreichung eines gemeinsamen Zieles, eines Zusammenwirkens zu diesem Zwecke zusammengeschlossen haben, die also grundsätzlich durch dieselben Interessen verbunden sind. Die einzelnen Gesellschafter bringen zur Erreichung der gemeinsamen Zwecke festbestimmte Beiträge oder in Ermangelung einer solchen festen Bestimmung gleiche Beiträge in das Vermögen der Gesellschaft ein. Wenn zwar auch die Leistung von Diensten als Beitrag eines Gesellschafters angesehen werden kann (§ 706, Abs. II BGB), so würden doch Schwierigkeiten und den Tatsachen widersprechende Bestimmungen darin zu suchen sein, daß vertretbare oder verbrauchbare Sachen im Zweifel gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Aber auch die übrigen Bestimmungen — insbesondere über die Führung der Geschäfte — entsprechen keineswegs

[101]) a. a. O., S. 462.

[102]) der Gedanke einer Gemeinschaft wird hier ja gerade abgelehnt.

den allgemeinen Anschauungen über die Merkmale des Arbeitsverhältnisses im Sinne des Arbeitsrechts. Vor allem aber ist die grundsätzliche Interessengleichheit, die die Gesellschaft voraussetzt, beim Arbeitsvertrag zu verneinen[103]). Denn der Einzelarbeitsvertrag ist zur Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten gedacht, also von Rechtsbeziehungen, die aus den natürlichen verschiedenen und oftmals entgegengesetzten Interessen dieser Personen erwachsen. Gerade diese Tatsachen führen zu der Forderung einer strengen Unterscheidung zwischen Arbeitsvertrag und Gesellschaftsvertrag. Denn die Praxis hat bereits gezeigt, daß die Form des Gesellschaftsvertrages öfters gewählt wurde, um einen in Wirklichkeit vorliegenden Arbeitsvertrag zu tarnen — gerade durch Vorschützung gleicher Interessen — und so die besonderen für das Arbeitsverhältnis bestehenden Schutzbestimmungen umgehen zu können[104]). Auch in der Wissenschaft ist bereits früher manches Problem in der Hinsicht erörtert worden. So erklärt Molitor[105]), ein auf Arbeitsleistung gerichteter Gesellschaftsvertrag falle unter den Begriff des Arbeitsvertrages im Sinne des Arbeitsrechts[106]). Gegen diese Ansicht Molitors haben sich Hueck-Nipperdey[107]) gewandt, da der Arbeiter im Sinne des Arbeitsrechts grundsätzlich Arbeit für Rechnung eines anderen leiste. Wenn ein Arbeiter dagegen Gesellschafter des Unternehmers werde, mit diesem also in wirklicher Zweckgemeinschaft stehe und nicht nur gewinnbeteiligt sei, so ändere sich die Stellung des Arbeiters insofern, als er im Sinne des Gesellschaftsrechtes zum Mitarbeiter des Unternehmers geworden sei. — Schon diese Streitfragen zeigen die Gegensätzlichkeit des Wesens des Arbeitsvertrages einerseits und des Gesellschaftsvertrages andererseits. Sie zeigen aber auch, daß eine klare Scheidung zwischen diesen beiden Vertragsarten — vor allem im Interesse des Beschäftigten — unumgänglich notwendig ist. Gerade darin, daß oftmals ein Gesellschaftsvertrag äußerlich zur Verschleierung eines Arbeitsvertrages abgeschlossen worden ist, zeigen sich bereits Bedenken, die in weit größerem Maße auftreten würden, wenn nunmehr vielleicht der Arbeitsvertrag allgemein als Gesellschaftsvertrag dargestellt würde. Im Gegenteil ist auch heute zu beachten, daß der Arbeitsvertrag dem besonderen sozialen Schutze des abhängigen und unselbständigen Beschäftigten dienen soll, der von dem ihm Arbeit und Brot gebenden Unternehmer vor allem persönlich, aber auch wirtschaftlich weitgehend abhängig ist. Von einer Erwerbs- und Gewinngemeinschaft kann man bei dem Arbeitsvertrag auch dann aber nicht reden, wenn man an sich den Gemeinschafts-

[103]) Vgl. Nipperdey, in DAR, 1933, S. 18. Vgl. oben S. 73.
[104]) Vgl. Näheres S. 74.
[105]) in „Das Wesen des Arbeitsvertrages", S. 17.
[106]) Vgl. auch Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 9; Lotmar, Bd. I, S. 37 ff.
[107]) Vgl. Näheres S. 74.

gedanken im Arbeitsleben, wie er im AOG zum Ausdruck gekommen ist, stark betont. Denn dieser Gemeinschaftsgedanke ist rein ethisch-sittlicher Natur. Es ist also zu dem Ergebnis zu kommen, daß der Arbeitsvertrag als mit besonderen sozialen Schutzbestimmungen ausgestatteter Vertrag streng von dem Gesellschaftsvertrag zu unterscheiden ist. Im Interesse der Beschäftigten ist dabei zu erfordern, daß im Einzelfalle genau zu prüfen ist, ob tatsächlich ein Gesellschaftsvertrag vorliegt oder ob nur ein in Wahrheit vorliegender Arbeitsvertrag getarnt oder verschleiert werden sollte. Wenn auch der Wille der Parteien in gewisser Weise als entscheidend anzusehen ist, so wird doch oftmals, auch wenn der Beschäftigte tatsächlich am Gewinn beteiligt ist, dahin zu entscheiden sein, daß Arbeitnehmereigenschaft vorliegt und dementsprechend ein Arbeitsvertrag [108]). —

Damit ist auch die Frage, ob irgendwelche Vertragsarten des Schuldrechts im BGB als Grundlage für das Arbeitsverhältnis in Betracht kommen — vom Dienstvertrag soll hierbei noch nicht die Rede sein —, in ablehnendem Sinne entschieden. —

Hinsichtlich der Frage, ob nicht das Arbeitsverhältnis etwa als eine Art „Arbeitsgenossenschaft" im Sinne des alten deutschen Rechts aufzufassen sei, sind die Ausführungen Nipperdeys bemerkenswert [109]). Er weist daraufhin, daß ein klarer Unterschied zwischen Arbeitnehmern und Genossen (im Erwerbs- und wirtschaftlichem Sinne!) bestünde. Es müsse also scharf unterschieden werden zwischen Genossen — im Sinne von Mitunternehmern — und Beschäftigten, die nicht kraft körperschaftlicher (genossenschaftsrechtlicher) Verpflichtung ihre Dienste täten [110]). Diese Ansicht ist auch hier zu bejahen. Im übrigen ist sie bereits durch die oben bei der Gesellschaft angeführten Gründe belegt [111]). —

b) Vertragsform mit Vorrang des personenrechtlichen Treueelements.

Als herrschende Meinung kann heute die Ansicht angesprochen werden, die den vertraglichen Charakter des Arbeitsvertrages grundsätzlich anerkennt und auch auf Grund der Bestimmungen des AOG weiterhin die Form eines Vertrags aufrechterhalten will. Unterscheidungen sind jedoch derart festzustellen, daß teils

[108]) Vgl. über diese Frage: für die Rechtspr. RAG, Bensh. Samml., Bd. 10, S. 202 ff. und die zustimmende Anm. von Gerstel; Dersch-Volkmar, AGG, S. 127/8; Dersch in DAR 1934, S. 195; vgl. auch RAG, Bensh. S., 4, 144; 20, 183. —

[109]) in DAR 1933, S. 16 ff.: „Die Arbeitsgenossenschaft".

[110]) So auch RG, Bd. 47, 149; RAG in Bensh. S., Bd. 8, 5; mit Anm. von Dersch; Hueck-Nipperdey, I, S. 44 f. —

[111]) Dem steht es jedoch nicht entgegen, wenn die Parteien des Arbeitsvertrags im Sinne der neuen ethischen Anschauungen als Vertragsgenossen oder Rechtsgenossen bezeichnet werden. Vgl. unten 2. Teil, III, 2 und die dortigen Hinweise auf die Werke Gierkes. Vgl. auch Gierke, „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft" S. 1031. —

der Arbeitsvertrag in der Form eines Vertrages des Schuldrechts, d. h. als Dauerschuldverhältnis beibehalten wird, dem personenrechtlichen Moment der Treue aber ein mehr oder weniger stark ausgeprägter und umfassender Vorrang vor den rein schuldrechtlichen Bestandteilen eingeräumt wird, — teils aber diesen neuen personenrechtlichen Elementen ein derartig bestimmender Einfluß auf die Gestaltung des Inhalts des Arbeitsvertrages beigemessen wird, daß sie den Charakter des Vertrags ändern, der nunmehr nicht mehr als Vertrag des Schuldrechts angesehen werden kann, sondern sich als Vertrag sui generis darstellt. Diese Ansichten werden vor allem in den großen Kommentaren zum AOG von Dersch, Mansfeld-Pohl und Hueck-Nipperdey-Dietz vertreten, doch auch in zahlreichen Einzelabhandlungen zu den Fragen und Problemen des neuen Arbeitsrechts. —

So sagt Dersch [112]), daß das Arbeitsverhältnis jetzt ganz betont vom Gesetz als ein ausgesprochenes Vertrauensverhältnis angesehen werde. Auf der Betriebsgemeinschaft als Keimzelle des Arbeitslebens, die auf vollständiges gegenseitiges Vertrauen des Unternehmers und seiner Beschäftigten gegründet sei, baue sich jetzt die ganze neue Arbeitsverfassung auf. Das abhängige Arbeitsverhältnis habe aber das Gesetz mit dieser Betriebsgemeinschaft nicht beseitigen wollen. Es sei vielmehr als unterste Grundlage des Arbeitsrechts beibehalten, nur in der Zusammenfassung der abhängigen Arbeitsverhältnisse des Betriebes in einer Betriebsgemeinschaft sei eine ethisch höhere Ebene für das gegenseitige Verhältnis der beteiligten Personen gefunden [113]). Dadurch erhalte der Arbeitsvertrag eine neue Bedeutung. Während der Dienstvertrag des BGB im wesentlichen wie andere Schuldverhältnisse auf dem Grundsatz von Leistung und Gegenleistung, und zwar nach römischrechtlichen Grundsätzen, aufgebaut sei, sei die von Grund auf andere weltanschauliche Einstellung des alten deutschen Treudienstvertrages ganz auf eine starke Betonung des Persönlichkeitsmomentes abgestellt gewesen und diese deutschrechtliche Auffassung sei ersichtlich vom Gesetz wieder aufgegriffen [114]). In den Fürsorge- und Treuverpflichtungen gehe das AOG ganz offensichtlich wesentlich weiter als die einzelnen Ansätze einer Berücksichtigung der Persönlichkeit, wie sie sich zur Zeit — den Arbeitsvertrag betreffend — im § 618 BGB finde. Wenn aber der deutschrechtlichen Anschauung entsprechend für die Betriebsgemeinschaft der Führergrundsatz eingeführt worden sei, so habe der Führer damit doch nicht die Entscheidung im Einzelarbeitsvertrag. Denn der Einzelarbeitsvertrag sei „nach wie vor ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, bei dem beide Teile grundsätzlich gleichberechtigt sind“ [115]). Dersch hält also grundsätzlich an der Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages fest. Er hält

[112]) in AOG, S. 9. — Vgl. auch bereits in DAR 1933, S. 9 ff.
[113]) a. a. O., S. 26.
[114]) S. 15.
[115]) S. 22.

ihn insbesondere für die Eingliederung des Beschäftigten in die Betriebsgemeinschaft und für die Begrenzung des Personenkreises der Gefolgschaft für unumgänglich erforderlich. Zur Gefolgschaft gehörten nur die Personen, die in einem abhängigen Arbeitsverhältnis, und zwar einem abhängigen Arbeits v e r t r a g für den Betrieb tätig seien [116]). Es sei zu weitgehend, wenn Nikisch [117]) die ganze Arbeitsverfassung auf dem vertragslosen Beschäftigungsverhältnis aufbauen wolle. — Der Arbeitsvertrag selbst soll nach Dersch jedoch eine weitgehende Umgestaltung dadurch erfahren, daß unter Wiederbelebung und Erneuerung des alten Treudienstvertrages das unpersönliche römischrechtliche Arbeitsverhältnis, das noch dem BGB zugrundeliege, aufgegeben und der Arbeitsvertrag auf ein enges persönliches Band gegründet werden soll [118]). So werde die Treuepflicht zum wichtigsten Bestandteil des neuen Einzelarbeitsvertrages. — Wenn Dersch also entgegen den Meinungen, die den Arbeitsvertrag zu einem rein personenrechtlichen — auf Über- und Unterordnung beruhenden — Treueverhältnis umgestalten wollen, den Vertragscharakter des Arbeitsvertrages aufrecht erhält, so will er ihn doch nicht mehr als Vertrag des Schuldrechts im Sinne des BGB aufgefaßt haben, sondern ihn als neue Vertragsart, als gegenseitigen Vertrag sui generis darstellen. —

Ein ähnliche Meinung wird von Mansfeld-Pohl [119]) vertreten, die in ausführlichen Betrachtungen auf dieses wichtige Problem eingehen. Das Treueverhältnis soll auch nach ihnen der Ausgangspunkt für die Neuregelung des Arbeitsvertragsrechts sein, durch das die entsprechend der materialistischen Auffassung im wesentlichen schuldrechtlichen Beziehungen des Arbeitsvertrages künftig in ihrer Bedeutung zurückgedrängt würden. Das Treueverhältnis ersetze den Arbeitsvertrag aber nicht [120]). Die Arbeiter und Angestellten träten in die Gefolgschaft und in die Betriebsgemeinschaft kraft des mit dem Unternehmer getätigten Arbeitsvertrages ein. Dieser Arbeitsvertrag, das vertragliche Band, das beide Teile zu der Gemeinschaft zusammenfasse, sei nicht etwa durch die Hereintragung des deutschrechtlichen Treuegedankens beseitigt worden. Nur seine Auslegung werde jetzt weitgehend von den neuen Gedanken und Beziehungen beherrscht werden [121]). Die Treuepflicht, so sagen Mansfeld-Pohl, werde zur Hauptverpflichtung des schuldrechtlichen Dienstvertrages, während die üblichen schuldrechtlichen Beziehungen hinter ihr zurückträten. Der § 611 BGB, der im übrigen bestehen bleibe, sei nicht mehr bestim-

---

[116]) S. 26.
[117]) in „Das AOG", S. 23.
[118]) S. 30 ff.; vgl. auch weiter S. 176; außerdem: in „Rhein. Main. Wirtsch. Zeit. 1934, S. 259.
[119]) Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, Kommentar zum AOG.
[120]) S. 21; vgl. auch Joerges, „Führer und Gefolgschaft im AOG", S. 41 ff.
[121]) S. 85.

mend für das Wesen des Arbeitsverhältnisses [122]). In Hinsicht auf die Eingliederung des einzelnen Gefolgmannes in den Betrieb kommen auch Mansfeld-Pohl zu dem Ergebnis, daß ein bloßes Beschäftigungsverhältnis als Grundlage der neuen Betriebsgemeinschaft nicht in Betracht komme. Vielmehr könne Gefolgsmann nur der sein, der „auf Grund eines ihn in eine Betriebsgemeinschaft eingliedernden Vertrages unselbständig und auf Rechnung eines anderen berufsmäßig Arbeit gegen Entgelt verrichtet" [123]). Mansfeld-Pohl nehmen also die für den bisherigen Arbeitnehmer geläufige Begriffsbestimmung für das heutige Recht wieder auf. Diese Begriffsbestimmung würde auch dem Treue- und Fürsorgeverhältnis gerecht, das ja nicht etwa zu einer völligen Auflösung vertraglicher Rechtsbeziehungen führen könne. Maßgebend bleibe stets der s c h u l d r e c h t l i c h e Vertrag, der weiterhin Grundlage für die Tätigkeit und das Zusammenleben im Betrieb bleibe [124]). Dieser schuldrechtliche Dienstvertrag habe eben nur inhaltlich insofern einen entscheidenden Wandel durchgemacht, indem er nunmehr überwiegend von sittlichen Normen beherrscht werde und einen starken personenrechtlichen Einschlag erhalten habe [125]). Bemerkenswert ist bei der Ansicht Mansfeld-Pohls die Betonung des grundsätzlich schuldrechtlichen Charakters des Arbeitsvertrages. Im Gegensatz zu Dersch wollen sie also nicht nur die Vertragsform als solche, sondern die Form eines Vertrags des Schuldrechts im Sinne des BGB weiter beibehalten. —

Als schuldrechtlicher Vertrag wird der Arbeitsvertrag auch grundsätzlich von Hueck-Nipperdey-Dietz angesehen [126]). Das deutsche Recht sei nie so begriffsverfangen gewesen, um nicht den Lebensbedürfnissen entsprechend derartige Verträge anzuerkennen. Die Entwicklung des Arbeitsvertrages aus dem Treudienstvertrag des deutschen Rechts zeige, wie im Laufe der Zeit sich in dies rein personenrechtliche Verhältnis immer mehr schuldrechtliche Elemente einbauten, bis sie schließlich die herrschenden geworden seien. Es wird also gerade auf die Entwicklung des Arbeitsvertrages im alten deutschen Recht selbst hingewiesen, die auch hier dargelegt wurde. Nach Nueck-Nipperdey-Dietz ist nun aber heute der Treudienstvertrag als das geschichtliche Vorbild des Arbeitsvertrages anzusehen, demzufolge die personenrechtlichen Elemente in der Struktur des Vertrages in den Vordergrund träten. Gerade die Treu- und Fürsorgepflichten seien typische Pflichten eines personenrechtlichen Elementes. Diese Pflichten könnten nicht von vornherein abgemessen werden, sondern sie bestimmten das Verhalten der Personen zueinander. Die schuldrechtlichen Leistungspflichten erschienen daneben nur noch als Ausflüsse dieser personenrechtlichen Elemente [127]). — Wenn also

[122]) S. 86.
[123]) S. 86.
[124]) S. 87.
[125]) S. 102, weiter S. 75, 77, 80, 82, 103, insbes. S. 110 und 115.
[126]) AOG, Kommentar, zu § 2, S. 37 ff.
[127]) Vgl. auch Dietz, in AOG, 1934, 2. Aufl., S. 4 f.

Hueck-Nipperdey-Dietz den schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages einerseits nicht verneinen, so betonen sie andererseits doch stark die Abstellung auf die neuen personenrechtlichen Elemente. Sie gehen damit sichtlich ab von der Form eines rein — römischrechtlichen — schuldrechtlichen Vertrages, wie ihn das BGB kennt. Insofern vertreten auch sie wie Dersch den Standpunkt des Vorliegens einer neuen Vertragsart. —

Auch Huber [128]) vertritt die Ansicht, daß heute besonders die Treuverbundenheit und die soziale Ehre für das Verhältnis von Unternehmer und Arbeiter maßgebend sei. Er wendet sich aber dagegen, daß darum der Arbeitsvertrag seinen Sinn verloren haben sollte. Der Einzelarbeitsvertrag sei vielmehr durch das AOG ausdrücklich aufrecht erhalten. Er sei zwar einer dreifachen Bindung unterworfen worden, nämlich durch Betriebsordnung, Tarifordnung und Richtlinien [129]), aber im Rahmen dieser übergeordneten Bindungen behalte er seine Bedeutung und seine bisherige Rechtsnatur bei [130]). Er sei also auch heute ein zwischen zwei Personen über entgeltliche abhängige Arbeit geschlossener Vertrag des Privatrechts. Huber weist jedoch daraufhin, daß man nicht mehr an der Ideologie eines freien Arbeitsvertrages festhalten könne, da es sich heute um einen regelmäßig und grundsätzlich gebundenen Vertrag handele. Er sei kein individualistischer Vertrag mehr, sondern bilde mit den anderen Arbeitsverträgen zusammen eine sinnvolle Einheit. Und obwohl er an sich ein privatrechtlicher Vertrag geblieben sei, sei er doch von der öffentlichen Ordnung des sozialen Lebens und von dem öffentlichen Grundwert der sozialen Ehre her erfaßt. Huber geht damit insbesondere auf die bisherigen scharfen Unterscheidungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ein. Heute könne der Arbeitsvertrag in seinem Wesen richtig verstanden werden nur als ein unter öffentlichen Formen und Werten stehender privatrechtlicher Vertrag [131]). Auch Huber will also von der im BGB gegebenen Vertragsart abgehen und den Arbeitsvertrag als Vertrag besonderer Art hinstellen. —

Lutz Richter [132]) stellt fest, daß das AOG keine Bestimmung enthalte, die den Arbeitsvertrag aus seiner Bedeutung verdrängen würde. In der neuen Arbeitsordnung seien aus dem früheren Recht die beiden äußersten Regelungsschichten und Bestimmungsquellen für den Inhalt der Arbeitsverhältnisse, nämlich das Gesetz und der Arbeitsvertrag geblieben. Der Arbeitsvertrag habe seine Bedeutung als Regler von Arbeitsverhältnissen behalten. Durch ihn würden weiterhin die Personen bezeichnet, zwischen denen ein Arbeitsverhältnis zur Entstehung komme. Abgesehen

[128]) in JW 1934, S. 1017 ff.

[129]) Huber vertritt entgegen der h. M. den Standpunkt, daß die Treuhänderrichtlinien als bindende Normen für Einzelarbeitsvertrag und Betriebsordnung anzusehen seien. Siehe a. a. O., S. 1021.

[130]) S. 1018.

[131]) S. 1018.

[132]) in JW 1934, S. 600.

davon, daß der Arbeitsvertrag auch heute die Art der zu leistenden Arbeit umreiße, könnten in ihm auch alle anderen Arbeitsbedingungen festgelegt werden. Der Unternehmer bleibe an seinen Inhalt auch in der neuen Arbeitsordnung gebunden. Denn seine Entscheidungsmacht als Führer ginge nur soweit, als er die im AOG bezeichneten betrieblichen Angelegenheiten zu regeln habe. Inhaltlich würde der Arbeitsvertrag dadurch umgestaltet, daß die durch das Gesetz in ihrem Gewicht gesteigerten sittlichen Pflichten der Arbeitspartner, vor allem die Treuepflicht in alle Arbeitsverträge eingingen [133]). —

Auch Kausen [134]) erkennt an, daß der Arbeitsvertrag als solcher durch das AOG nicht aufgehoben sei. Aber er stellt ebenfalls die Neuregelung des Arbeitsvertragsrechts auf das gegenseitige Treueverhältnis ab. Es sollen nach seiner Ansicht zukünftig schuldrechtliche Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter bestehen bleiben, aber es handele sich hierbei um Schuldrechte besonderer Art, mit einem personenrechtlichen Einschlag, der es nicht zulasse, daß diese Beziehungen weiterhin im BGB behandelt würden. Er will den Arbeitsvertrag als neuen Vertragstyp außerhalb der Vertragsarten des BGB regeln, indem er ihn als ein personen-schuldrechtliches Verhältnis, ein „arbeitsrechtlich verpflichtendes gegenseitiges Persönlichkeits- und Treueverhältnis" bezeichnet. Obwohl er also sehr starkes Gewicht auf die personenrechtlichen Elemente des Arbeitsvertrages, vor allem die Treuepflicht legt, will er dem neuen personenrechtlichen Treueverhältnis doch eine feste rechtliche Form geben und es als Vertragsverhältnis aufgefaßt wissen. Neben diesem gegenseitigen Arbeitsvertragsverhältnis könne kein blutleeres Beschäftigungsverhältnis anerkannt werden. — Kausen macht dann weiter Ausführungen über die zukünftige Gestaltung des Arbeitsvertrages. Er verlangt ein System, das sich nicht an den bisherigen, mit den Kompliziertheiten des Obligationenrechts belasteten, formalgültigen schuldrechtlichen Vertrag anlehnt, sondern sich auf die — unter Umständen sogar stillschweigend geschlossene und gewollte — Nutz- und Schutzgemeinschaft der Beteiligten bezieht. „Wer einen anderen, um sich seine Arbeitskraft nutzbar zu machen, seiner Abhängigkeit unterwirft, hat diesem den arbeitsrechtlichen Schutz einschließlich des gerechten Lohnes zu gewährleisten. So wird auch für den Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nutzbar. Die aus der gegenseitigen menschlichen Treupflicht erwachsene arbeitsrechtliche Nutz- und Schutzgemeinschaft ist geschlossen, sobald Willensübereinstimmung über die — freiwillige — Unterordnung des Einen unter die arbeitsrechtliche Führer-(Direktions-)Gewalt des Anderen besteht. Die tatsächliche Einordnung in den Betrieb ist keine wesentliche Voraussetzung der Nutz- und Schutzgemein-

---

[133]) a. a. O., S. 602; vgl. auch in „Deutsches Recht", 1934, S. 453.

[134]) in DAR, 1934, S. 71 ff.: „Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts".

schaft.“ [135]) — Während also Kausen zur Zeit noch schuldrechtliche Beziehungen bejaht, will er für die Zukunft die Regelung der Arbeitsbeziehungen auf ein rechtlich vollkommen unbestimmtes — überwiegend ethisches, personenrechtliches — Nutz- und Schutzgemeinschaftsverhältnis abstellen. Er kommt damit den Ansichten gleich, die ebenfalls auf Grund stillschweigender Aufnahme in die Betriebsgemeinschaft ein Treueverhältnis entstehen lassen wollen, durch das allein die Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeitern geregelt werden sollen. Ein derartig unbestimmtes Nutz- und Schutzgemeinschaftsverhältnis — das im übrigen noch in der Bezeichnung an den Gedanken einer materiellen Gewinn- und Erwerbsgemeinschaft (Gesellschaft) anklingt — kann nicht als sichere Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter angesehen werden. —

Grundsätzlich die Ansicht einer Vereinigung schuldrechtlicher und personenrechtlicher Pflichten und Rechte im Arbeitsvertrage, also unter Aufrechterhaltung der Vertragsform, jedoch einer Umgestaltung des Inhalts des bisher überwiegend oder rein schuldrechtlichen Vertrages, vertreten weiter Goerrig [136]), Sell [137]), Kalckbrenner [138]), Rohlfing [139]), Joerges [140]) und neuestens Werner [141]).

Aus diesem Überblick über die aus dem AOG und seinen Begriffen und Gedanken hergeleiteten Ansichten bezüglich der Neugestaltung des Einzelarbeitsvertragsrechts [142]), der darum ausführlich gegeben wurde, um die Vielgestaltigkeit der Anschauungen und die erheblichen Unterschiedlichkeiten und Abweichungen der einzelnen Ansichten aufzuzeigen, kann als Ergebnis festgestellt werden, daß zwar eine Gruppe dieser Ansichten den Vertragscharakter des Arbeitsvertrages verneint und dafür die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter allein auf das Führer-Gefolgschaftsverhältnis des AOG abstellt oder aber ein rein personenrechtliches Treueverhältnis für ausreichend hält. Demgegenüber aber hält die herrschende Meinung doch auch weiterhin an dem Wesen des Arbeitsvertrages als eines gegenseitigen Vertrags fest. Unterschiede sind innerhalb dieser Gruppe insofern vorhanden, als ein Teil den Arbeitsvertrag auch heute als Vertrag des Schuldrechts ansieht und ihn entsprechend den Bestimmungen des AOG vor allem nur dem Inhalt nach umgestalten will, — während der andere Teil von der Form eines Vertrages des Schuldrechts im Sinne des BGB abrückt und den Arbeitsvertrag als gegenseitigen Vertrag eigener, neuer Art

[135]) a. a. O., S. 74.
[136]) in JW 1934, S. 323 und 325.
[137]) in „Deutsches Recht“, 1934, S. 452.
[138]) in „Deutsches Recht“, 1934, S. 463 f.
[139]) in Arb. R. Spruchsamml. d. Handw. 1934, S. 33 ff.
[140]) in „Arbeitsrecht und Volkstum“ 1934, S. 41 ff., 50.
[141]) in: Verwaltungsarchiv Bd. 40, S. 316 ff. (1935) „Die Grundverhältnisse des Arbeitsrechts“.
[142]) Hierher gehört auch die neuere Rechtsprechung des RAG, z. B. Entsch. vom 23. III. 35 in Amtl. Samml. Bd. 15, S. 46 ff.

bezeichnet. Gerade aus einer Gegenüberstellung dieser durchaus entgegengesetzten Meinungen erhellt, wie notwendig eine grundsätzliche Regelung des Problems ist. Aus der Gegenüberstellung aller dieser Ansichten ergeben sich aber bereits die Merkmale, die bei der Neugestaltung des Arbeitsvertrages zu beachten sind. Für die hier zu treffende Entscheidung kommt die erste Gruppe von vornherein nicht in Betracht. Es ist bereits oben — 2. Teil, I. — eingehend gezeigt worden, daß diese Ansichten nicht den Bestimmungen des AOG entsprechen. Zu beachten sind aber die in der zweiten Gruppe zusammengefaßten Theorien, abgesehen von den innerhalb dieser Gruppe festgestellten Abweichungen. —

III. Die Gestaltung des Arbeitsvertrages aus seinem Wesen und seiner Bedeutung im Arbeitsleben des Volkes.

Die Untersuchung der Bestimmungen des AOG, der neuen arbeitsrechtlichen Begriffe und der weltanschaulichen Gedanken der nationalsozialistischen Rechtsordnung hat gezeigt, daß durch sie der Gedanke eines Arbeitsvertrages nicht ausgeschlossen wird und sich nicht einmal erübrigen läßt. Auch die Erörterung der wissenschaftlichen Theorien, die dieses Problem zum Gegenstand haben, hat ergeben, daß die h. M. sich für die Beibehaltung des Arbeitsvertrages ausgesprochen hat. Hier soll nun die Art und das Wesen des Arbeitsvertrages, sowie die Gestaltung seines Inhalts festgestellt werden, wie sie sich aus seiner ganzen Bedeutung im Arbeitsleben des Volkes und in der Rechtsordnung des Volkes ergeben. — Der Vertrag war bisher die Grundlage der Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten, er war die Grundlage für die Betätigung des Arbeiters, er bedeutete für den Arbeiter die feste Arbeitsstätte. In dieser Hinsicht war er im Laufe der Entwicklung in immer steigendem Maße für den weitaus größten Teil des Volkes die einzige Quelle der Erwerbstätigkeit und damit der Existenz überhaupt geworden. Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, wieweit er im Einzelfalle tatsächlich den an ihn zu stellenden Anforderungen genügte, zweifellos aber kam ihm im Arbeitsleben die Bedeutung zu, daß er dem einzelnen Arbeiter einen Unterhaltserwerb durch seiner Hände Arbeit sicherte. Abgesehen von den Regelungen der Arbeitsbedingungen in kollektiven Vereinbarungen, blieb doch der Einzelarbeitsvertrag der konkrete Wert, mit dem der einzelne Arbeiter rechnen konnte und dessen Aufrechterhaltung für ihn im großen Ganzen die Beständigkeit seiner Lebensführung bedeutete. Diese Feststellung gilt auch dann, wenn andererseits nicht verkannt werden soll, daß tatsächlich auf Grund

des liberalistischen Wirtschaftsgedankens und der ganzen materialistischen Weltanschauung der Arbeitsvertrag praktisch auf den niedrigsten Stand seines ihm ursprünglich und natürlicherweise innewohnenden Wertes herabgesunken war[143]). Klassenkampf, Klassengegensätze, demzufolge unpersönliche Zusammenfassung der arbeitenden Menschen in streng von einander getrennten und sich gegensätzlich gegenüberstehenden Verbänden, kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen durch diese Verbände, und schließlich der alltägliche Kampf um die materiellen Grundlagen der Arbeitsbeziehungen, in den der Staat gar nicht oder nur ohne ausreichenden Nachdruck eingriff, hatten verursacht, daß schließlich im praktischen Leben der Arbeitsvertrag keineswegs mehr eine sichere Grundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen abgab. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Gedanke eines Arbeitsvertrages an sich schlecht war und als solcher ein Ergebnis der liberalistisch-materialistischen Weltanschauung, daher im nationalsozialistischen Staate von vornherein abzulehnen wäre. Vielmehr wurden seine Bedeutung und sein Wesen erst — und zwar vor allem im Wirtschafts- und Sozialsystem des Liberalismus — verfälscht, sodaß erst durch dieses — im politischen und Wirtschaftskampfe entstandene — sinnwidrige und unnatürliche Wesen der Eindruck erweckt werden konnte, als ob die Rechtsfigur des Arbeitsvertrages als solche nicht den Anschauungen eines deutschen Rechts und einer deutschen Sozialauffassung entspreche, sondern römischrechtlichem und liberalistisch-materialistischem Gedankengut entstamme. — Es ist gezeigt worden, daß tatsächlich der Arbeitsvertrag im alten deutschen Recht entstanden ist, während das römische Recht und später das gemeine Recht diesen Begriff und diese Form nicht kannten, sondern das Arbeitsverhältnis in der der Sachmiete gleichgestellten Dienstmiete regelten, eine eigene Rechtsfigur für die dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechtsbeziehungen also gar nicht entwickelt haben. Der alten deutschen Anschauung entsprach es, daß ein Verdingen gegen Lohn, ein Arbeiten gegen Entgelt nicht als unwürdig angesehen wurde. Die beiden Beteiligten des Vertrages standen sich gleichberechtigt und als mit gleichem rechtlichem Wert ausgestattete Rechtspersönlichkeiten gegenüber. Im römischen Recht dagegen wurde das Arbeiten gegen Entgelt als unwürdig angesehen, die Arbeitskraft und damit der Arbeitende selbst wurden als Sache behandelt. Durch die Dienstmiete, d. h. die Miete einer fremden Sache, wurde eine persönliche Herrschaft des Unternehmers als Eigentümer der Gütererzeugungsmittel über den Besitzlosen begründet, die sich in einer persönlichen Unterwerfung und Abhängigkeit des Arbeiters vom Willen des Arbeitgebers ausdrückte und sich weiter darin äußerte, daß dieser über die Arbeitskraft des Arbeiters wie über eine Sache, wie über sein Eigentum verfügen konnte. Die Beteiligten standen sich also in keiner Beziehung als Gleichberechtigte gegenüber.

[143]) Vgl. unten S. 95.

Wenn gerade heute die Arbeit und der arbeitende Mensch, insbesondere der Handarbeiter wieder ihre wahrhafte und ehrenhafte Bedeutung erhalten haben, wenn es als in jeder Beziehung vollwertig und ehrenhaft angesehen wird, daß ein Volksgenosse mit seiner Hände Arbeit sein Brot verdient, damit aber auch Werte für die ganze Volksgemeinschaft schafft, so ist ein Anlaß für die Ablehnung des diesen arbeitenden Volksgenossen und seinen Arbeit- und Brotgeber rechtlich verbindenden Arbeitsvertrages nicht mehr einzusehen. Es ist vielmehr eine indirekte Herabsetzung darin zu erblicken, wenn gesagt wird, daß ein Vertrag über die Leistung von Arbeit nicht den Anschauungen des nationalsozialistischen Staates entspreche. Das alte deutsche Recht war tatsächlich nicht so begriffsverfangen, wie Hueck-Nipperdey-Dietz [144]) sagen, um nicht den Lebensbedürfnissen entsprechend derartige Verträge anzuerkennen, die eben gerade aus diesen Lebensbedürfnissen heraus im alten deutschen Recht selbst entstanden sind. Es ist also festzustellen, daß ein Vertrag, der zwischen zwei freien und rechtlich gleichstehenden Volksgenossen über die Arbeitsleistung des einen im Dienst des anderen und über das Entgelt für diese Arbeitsleistung in freier Willensvereinbarung abgeschlossen wird, keineswegs den heutigen Anschauungen widerspricht. Über die Gestaltung dieses Vertrages soll damit noch nichts gesagt sein, sie ist jedoch eben im Sinne der nationalsozialistischen Sozialanschauungen vorzunehmen und fällt daher wesentlich anders aus als im liberalistischen Wirtschaftssystem. — Erwähnt werden soll als Argument für die Beibehaltung des Arbeitsvertrages auch das psychologische Moment, das darin zu sehen ist, daß eben die große Masse der arbeitenden Menschen den Arbeitsvertrag als Grundlage ihrer Existenz ansieht, sich aber in ihren Rechten geschmälert fühlen würde, wenn ein auf Über- und Unterordnung beruhendes und die rechtliche Gleichberechtigung ablehnendes Treueverhältnis an die Stelle des Arbeitsvertrages gesetzt würde. —

Die Aufgabe, die hier zu lösen ist, ist also weniger darin zu sehen, eine — äußerlich neue — Form zu finden, in der die Arbeitsbeziehungen heute zu regeln sind, sondern vielmehr darin, das wirkliche Wesen des Arbeitsvertrages zu erkennen und danach ihm im Leben des Volkes wieder die Bedeutung und die inhaltliche Gestaltung zu geben, die ihm im Rahmen der ganzen Rechtsordnung das Ansehen einer rechtlichen Sicherung der Lebensgrundlage des arbeitenden Volksgenossen verschafft. So heißt das Problem also nicht, ist der Arbeitsvertrag als Rechtsgrundlage der Arbeitsbeziehungen und als Rechtsfigur überhaupt zu beseitigen oder nicht, sondern: wie ist der Arbeitsvertrag inhaltlich umzugestalten, damit er wieder seinem natürlichen Wesen und seiner wirklichen Bedeutung und der Aufgabe gerecht werden kann, für die er ursprünglich in der alten deutschen Rechtsordnung geschaffen worden ist. —

[144]) in AOG, zu § 2, S. 37.

1. Die Erfordernisse der rechtlichen Grundlagen der allgemeinen Arbeitsbedingungen.

Es soll zuerst untersucht werden, welche Bedeutung der Rechtsfigur eines Einzelarbeitsvertrages im Zusammenhang mit der ganzen Ordnung des Arbeitslebens zukommt. Der bisherige Arbeitsvertrag war in der früheren Rechtsordnung die unterste rechtliche Grundlage für die Festsetzung der allgemeinen Arbeitsbedingungen. Wenn diese auch im Laufe der Zeiten immer mehr in den kollektiven Verträgen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände, den Tarifverträgen — die durch staatlichen Machtspruch für allgemeinverbindlich erklärt werden konnten — vorgenommen wurde, so blieb doch der Arbeitsvertrag als solcher Ausgangspunkt für die Regelung der Rechtsbeziehungen des Arbeitslebens. Denn der Tarifvertrag schuf autonome objektive arbeitsrechtliche Normen für die Einzelarbeitsverträge der „Beteiligten", setzte also das Bestehen von Einzelarbeitsverträgen voraus. Zum Eintritt der normativen Wirkungen war also die Eigenschaft als Beteiligter — auf beiden Seiten — des Einzelarbeitsvertrages erforderlich [145]). Ebenso war es mit den Wirkungen der Betriebsvereinbarung, die ebenfalls das Bestehen von Einzelarbeitsverträgen voraussetzte. So war der Arbeitsvertrag aus der bisherigen Rechtsordnung nicht wegzudenken, denn auf ihm war die ganze Arbeitsordnung aufgebaut. Und dieser Arbeitsvertrag mußte in dieser früheren Arbeitsordnung den ganzen zeitlichen Erfordernissen entsprechend ein die gegenseitigen Rechtsbeziehungen abgrenzender, gegenseitiger, auf bestimmten Rechten und Pflichten aufgebauter, d. h. schuldrechtlicher Vertrag sein.

Das AOG stellt die Regelung der Arbeitsbedingungen grundsätzlich in erster Linie auf die betriebliche Regelung in der Betriebsordnung ab, und zwar wird die Festsetzung nicht mehr wie früher in den Tarifverträgen durch Vereinbarung von Parteien vorgenommen, also nicht durch Willensaustausch, sondern auf Grund des Führerprinzips einseitig durch den Führer des Betriebes, der grundsätzlich der Unternehmer sein soll. Die von ihm aufgestellte Betriebsordnung enthält als autonome Satzung, als „Betriebsgesetz" [146]) objektive Rechtssätze, die ohne weiteres für alle Beteiligten verbindlich sind. Zu beachten ist jedoch, daß die Festsetzung der eigentlichen materiellen Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung nicht Mußbestimmung ist, sondern nur Sollbestimmung, wenn auch unzweifelhaft ist, daß möglichst alle das einzelne Arbeitsverhältnis betreffenden Arbeitsbedingungen, vor allem die Lohnzahlung, in der Betriebsordnung enthalten sein sollen. Andernfalls würde meistenteils eine Regelung der

[145]) Wirkung der Unabdingbarkeit des Tarifvertrages. Siehe § 1, Abs. II der früh. TVO. Vgl. Dersch in Kaskel-Dersch, S. 66 und 86 ff.

[146]) Vgl. Huber, in JW 1934, S. 1019; Dersch in DAR, 1934, S. 71; Herschel in Arbr. u. Volkstum, 1934, S. 59.

Arbeitsbedingungen in einer Tarifordnung durch den Treuhänder erfolgen. Auch hier würde die Festsetzung also einseitig, und zwar von einer staatlichen Stelle aus, in rechtssatzmäßiger Form erfolgen. In dieser Ordnung der Grundlagen der allgemeinen Arbeitsbedingungen treten aber dadurch Lücken in Erscheinung, als die Regelung durch Betriebsordnung nur für Groß- und Mittelbetriebe gilt, während diese Möglichkeit für Kleinbetriebe nicht gegeben ist[147]). Im Zusammenhang aber damit, daß die Eingriffe des Treuhänders durch Erlaß von Tarifordnungen möglichst immer mehr eingeschränkt werden sollen und die Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen immer mehr in den Betrieb verlegt werden soll, zeigt sich bereits, daß der Arbeitsvertrag als unterste Grundlage für die Regelung der Rechtsbeziehungen und für die Festsetzung der Arbeitsbedingungen tatsächlich und rechtlich nicht entbehrt werden kann. Denn andernfalls müßte man eben zu dem Ergebnis kommen, daß dem Führer des Betriebes, ganz gleich, ob es sich um einen Klein- oder Großbetrieb handelt, die Möglichkeit zugesprochen werden muß, von sich aus einseitig dem einzelnen Beschäftigten gegenüber die Arbeitsbedingungen festsetzen zu können. Die Bedenken, die hiergegen sprechen, sind bereits mehrfach eingehend erörtert. Wenn bereits in der einseitigen Festsetzung der Arbeitsbedingungen in einer Betriebsordnung durch den Unternehmer ohne Zweifel Gefahren begründet liegen, denen aber durch die verschiedensten Sicherungen begegnet wird, so — in den Betrieben mit in der Regel mindestens zwanzig Beschäftigten — durch die Einrichtung eines Vertrauensrates und dessen Rechte, durch die Beaufsichtigung des Treuhänders usw., so ist diese Gefahrenquelle aber in weitaus größerem Maße vorhanden bei einer einseitigen Festsetzung der Arbeitsbedingungen zwischen den einzelnen Beteiligten. Denn die Gefolgschaft als solche hat rein gesetzlich erheblich umfangreichere und bessere Mittel, Übergriffe des Unternehmers (Führers) ihr gegenüber zurückzuweisen und kann sich auch — rein psychologisch gesehen — als geschlossene Einheit in einem derartigen Falle viel besser zur Wehr setzen, als der einzelne Arbeiter gegenüber dem Unternehmer, der als solcher auch heute immer der schwächere Teil sein wird. Ein zweiseitiger auf dem Gedanken der rechtlichen Gleichberechtigung beruhender Arbeitsvertrag würde hier also ohne Zweifel einem auf Über- und Unterordnung beruhenden Treueverhältnis vorzuziehen sein, das — bei aller Anerkennung des Wertes ethischer Bindungen — nicht imstande sein kann, eine jederzeit und in jedem einzelnen Falle gerechte Regelung dieses Gebietes verschiedener, materieller Interessen zu gewährleisten; insbesondere, solange nicht die Erziehung zur nationalsozialistischen Sozialgesinnung tatsächlich in vollem Umfange ihr Ziel erreicht hat. Während aber in Großbetrieben immerhin die Betriebsordnung als sichere Grundlage für die Ar-

[147]) Dersch in DAR 1934, S. 177 über die Bedeutung des Kleinbetriebs in der neuen Arbeitsverfassung.

beitsbedingungen angesehen werden kann, kann sie darum nicht als unterste Regelungsschicht angenommen werden, weil sie in Kleinbetrieben überhaupt nicht gegeben ist. In diesen würde also zwangsläufig die Festsetzung der Arbeitsbedingungen zwischen den einzelnen Beteiligten vorgenommen werden müssen. Und zwar würde sie hier — abgesehen von der Möglichkeit einer Tarifordnung — die einzige (betriebliche) Regelungsschicht sein. Sie muß also zumindest mit denselben Sicherungen ausgestattet sein, wie in den größeren Betrieben die Betriebsordnung. Das ist aber tatsächlich, wie wir gesehen haben, und auch rechtlich nicht der Fall. Die Sicherung der Festsetzung der Arbeitsbedingungen muß also auf eine andere Weise erfolgen, und das wäre eben die zweiseitige Vereinbarung und Festsetzung der Arbeitsbedingungen durch Vertrag der beiden Beteiligten. Für den Kleinbetrieb ist damit erwiesenermaßen der Einzelarbeitsvertrag nicht zu erübrigen. — Er wird dadurch aber auch für den Großbetrieb erforderlich, daß auch dort die Betriebsordnung nicht unbedingt die allgemeinen Arbeitsbedingungen regeln muß, so daß also auch in diesen Betrieben die Möglichkeit einer einzelpersönlichen Regelungsschicht bestehen muß. —

Die Grundlagen der allgemeinen Arbeitsbedingungen bestehen also somit im Einzelarbeitsvertrag als unterster Grundlage, in der Betriebsordnung als der wesentlichsten und umfassendsten — mittleren — Grundlage und schließlich in der Tarifordnung als Ergänzung, als Möglichkeit des staatlichen Organs, im gegebenen Falle eine notwendige Regelung der Arbeitsbedingungen vorzunehmen. Schließlich kommt zu diesen Grundlagen noch das Gesetz. So ist ein durchaus organischer Aufbau vorhanden, der allen Erfordernissen an eine sichere rechtliche Regelung der Arbeitsbeziehungen gerecht wird. Die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages erübrigt sich in diesem Aufbau nicht, sondern ist als unterste organische Regelungsschicht unentbehrlich. Die neue Arbeitsordnung erfordert diesen „Arbeitsvertrag" als einen den einzelnen Unternehmer und den einzelnen Beschäftigten verbindenden und speziell ihre persönlichen Rechtsbeziehungen regelnden gegenseitigen Vertrag, in dem sich diese beiden Beteiligten rechtlich grundsätzlich gleichwertig gegenüberstehen.

2. Über die Wandlungen der allgemeinen Rechtsformen und der allgemeinen Rechtsanschauungen inbezug auf die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages.

In der bisherigen Rechtsordnung wurde der Arbeitsvertrag als gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag des Privatrechts bezeichnet. Diese Begriffs- und Wesensbestimmung wurde in einer ganz bestimmten, den Anschauungen der herrschenden liberalistischen Weltanschauung entsprechenden Weise verstanden. Auch wenn man heute grundsätzlich die Rechtsfigur des Einzelarbeits-

vertrages bejahen will, so ist doch zu beachten, daß die heute geltende nationalsozialistische Weltanschauung — die alle Gebiete des völkischen Lebens durchdringt und auch bereits in der Rechtsordnung ihren bestimmenden Ausdruck gefunden hat — diese Begriffs- und Wesensbestimmung trotz Verwendung der gleichen Worte und Ausdrücke mit einem ganz anderen Inhalt erfüllt. Es werden heute also dieselben Worte und Begriffe etwas — wesentlich — anderes bedeuten und besagen, als in der früheren Rechtsordnung mit ihnen gesagt wurde. Das ist aber das Entscheidende bei dem Problem der Neugestaltung des Arbeitsvertrages. —

So muß vor allem bei der Begriffsbestimmung des Arbeitsvertrages als Vertrag des Privatrechts beachtet werden, daß in der nationalsozialistischen Rechtsordnung die Begriffe Privatrecht und öffentliches Recht eine ganz andere Bedeutung erlangt haben. Die Verweisung einer Rechtsfigur oder Rechtseinrichtung in die eine oder andere derart aufgeteilte Sphäre des Rechts läßt sich nicht mehr in dieser streng unterscheidenden und trennenden Art und Weise durchfuhren. Vielmehr gehen heute diese Sphären des öffentlichen und des Privatrechts vielfach in einander über. Die Grenzen zwischen beiden sind also nicht mehr in jeder Hinsicht klar abzugrenzen, sondern sie sind durchaus flüssig. Da heute der „Einzelne" und die „Gemeinschaft" keine Gegensätze mehr darstellen, schwindet die zur Zeit des Liberalismus entstandene scharfe Trennung von bürgerlichem und öffentlichem Recht [148]). Das gilt unzweifelhaft gerade bezüglich des Arbeitsrechts und auch damit bezüglich des Einzelarbeitsvertragsrechts. Denn, den Forderungen des nationalsozialistischen Staates entsprechend, macht sich hier in diesem bisher rein bürgerlichrechtlichen Rechtsgebiet ein starker öffentlichrechtlicher Einschlag bemerkbar, der sich in der größeren und ausgeprägteren Anteilnahme und Beaufsichtigung des Staates äußert, z. B. in der Einrichtung der Treuhänder der Arbeit, aber auch in der Einführung des Führergedankens (öffentlichrechtliches Führer a m t !). Dieses Gebiet des Privatrechts ist so gerade in sozialer Hinsicht und aus sozialen Gründen weitgehend gebunden, diese Gebundenheit aber bedeutet eine weitgehende Unabdingbarkeit des heutigen Arbeitsvertragsrechts [149]), was in bezug auf die bisher bestehende Vertragsfreiheit im Privatrecht von Bedeutung ist. —

Diese Entwicklung liegt in der ganzen nationalsozialistischen Staatsauffassung begründet, die den unbedingten Vorrang des Privatrechts, wie er sich im liberalistischen Zeitalter darstellte, nicht mehr anerkennt, sondern ihn beseitigt zugunsten des unbedingten und jedes Gebiet beeinflussenden, herrschenden Vor-

---

[148]) Lange, Liberalismus, S. 37.

[149]) Lange, Liberalismus, S. 15: „Die Regelung des ..... Dienstvertragsrechts ist darum verfehlt, soweit sie abdingbar ist. Weil in diesen Fällen der Liberalismus den lebenswichtigen Einzelvertrag (!) verständnislos dem ungleichen Spiel der Einzelkräfte überließ, darum mußte die Entwicklung darüber hinwegschreiten."

rangs des öffentlichen Rechts [150]). Diese Einschränkung ist zu beachten, wenn auch heute noch davon gesprochen wird, daß der Arbeitsvertrag ein Vertrag des Privatrechts ist. — Andererseits berechtigt der öffentlichrechtliche Einschlag, der sich in der ganzen heutigen Rechtsordnung, vor allem aber gerade im Arbeitsrecht zeigt, nicht dazu, den Arbeitsvertrag nun etwa als öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis, dem Beamtenverhältnis gleich, bezeichnen zu wollen. Vielmehr bedeutet er nur, daß innerhalb der Rechtsordnung die Grenzen zwischen der an sich bestehen bleibenden Sphäre des privaten und der des öffentlichen Rechts verwischt sind. Im Sinne des Vorranges des öffentlichen Rechts macht sich eben eine Einflußnahme des Staates auch auf dem Gebiete des privaten Rechts geltend, was nicht eine Gleichstellung und Identifizierung mit dem öffentlichen Recht bedeutet, sondern nur zeigt, daß der Staat seinen Einfluß auf den lebenswichtigen Gebieten des Rechts unbedingt wahren will und so auch den lebenswichtigen Arbeitsvertrag nicht mehr weiter dem freien Spiel der Kräfte überlassen will. Er muß in diesem lebens- und gemeinschaftswichtigen Vertrage schon um seiner selbst willen einen gerechten Ausgleich der an sich vorhandenen Spannungen herbeiführen, einen Ausgleich zwischen den Interessen der — wie gar nicht geleugnet werden kann — verschieden starken „Parteien" herstellen [151]). —

Diese Tatsachen berühren auch die Frage der Vertragsfreiheit und insbesondere die Ideologie des „freien" Arbeitsvertrages. Das Prinzip der Vertragsfreiheit, das im bisherigen Recht — wie im gesamten Schuldrecht, so auch im Arbeitsvertragsrecht, hier jedoch bereits mit gewissen Einschränkungen, — leitender Grundsatz war, wird im neuen Recht nicht mehr oder doch nur mit sehr starken Einschränkungen anerkannt werden können [152]). Die Ideologie des freien Arbeitsvertrages bestand bisher tatsächlich nur auf dem Papier, denn während er in der Blütezeit des Liberalismus, im 19. Jahrhundert, die individualrechtliche Einkleidung für das Diktat des in jeder Beziehung stärkeren Arbeitgebers war, war er in späterer Zeit in die kollektiven Bindungen eingeschaltet und ebenfalls nicht als „freier" Arbeitsvertrag anzusehen. Der nationalsozialistische Staat kann diese Freiheit des Arbeitsvertrages, die — wenn sie wirklich besteht — immer in Wahrheit ein Diktat des Unternehmers ist, nicht mehr anerkennen oder gar wieder einführen. Die sichere rechtliche Grundlage der allgemeinen Arbeitsbedingungen erfordert es und die nationalsozialistische Sozialauffassung gebietet es, daß die beiden Beteiligten die Regelung ihrer Rechtsbeziehungen nicht in völliger Freiheit und Ungebundenheit vornehmen können, sondern vielmehr unter stetiger Aufsicht des Staates. Abgesehen von den ohnedies bereits gesetzlich festgelegten Einschränkungen der Vertragsfreiheit, — die sich

[150]) Vgl. oben S. 37.
[151]) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1933, S. 59.
[152]) Vgl. Huber, in JW 1934, S. 1018; Lange, in „Liberalismus", S. 8 ff.

aus dem Grundsatz des neuen Staates ergeben, kein Lebensgebiet des Volkes und insbesondere gerade dieses für den Neuaufbau des Staates so wichtige Gebiet des Arbeits- und Wirtschaftslebens sich selbst zu überlassen, — muß also überhaupt und grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit bezüglich der Gestaltung der Arbeitsbedingungen weitgehend eingeschränkt werden [153]). Somit stellt sich der Arbeitsvertrag heute als ein grundsätzlich und regelmäßig gebundener Arbeitsvertrag dar [154]). — In dieser Hinsicht ist nun im einzelnen festzustellen, daß Freiheit im wesentlichen hinsichtlich des Abschlusses eines Arbeitsvertrages besteht. Im übrigen aber greift wegen des Inhalts des Vertrages eine zweifache Gebundenheit ein. Einmal die Gebundenheit durch die gesetzlich festgelegten Schutzbestimmungen, über deren Berücksichtigung der Staat bereits von sich aus durch seine Organe wacht, und die Gebundenheit durch Betriebsordnung, Tarifordnung — soweit handelt es sich um rechtlich unabdingbare Gebundenheit — und in gewisser Weise durch die Treuhänderrichtlinien (als Vorschlag des staatlichen Aufsichtsorgans), zum anderen aber die allgemeine ethische Gebundenheit des einzelnen Beteiligten an die Grundsätze und Sozialanschauungen des nationalsozialistischen Staates. Hier zeigt sich, daß der Einzelne heute an die Gemeinschaft und deren Grundsätze gebunden ist und s e i n Arbeitsvertrag mit allen anderen Arbeitsverträgen eine geschlossene, sinnvolle Einheit bildet, als solcher also ein Glied in der Gesamtordnung der nationalen Arbeit ist. Die beiden Beteiligten des Arbeitsvertrages haben dementsprechend bei der Regelung ihrer Arbeitsbeziehungen darauf Rücksicht zu nehmen, daß jeder die Beachtung der ihm persönlich eingeräumten Sphäre eigener Herrschaftsausübung nur insoweit verlangen kann, als er bei der Ausübung seines Rechts nicht die — vom Staate geschützten und vertretenen — Interessen des anderen Teils und vor allem der Gemeinschaft verletzt [155]). Selbst inbezug auf die Berücksichtigung des Leistungsprinzips im Einzelarbeitsvertrag, die ohne irgendwie festgelegte Richtlinien in Betriebsordnungen und Tarifordnungen vor allem auf die Abmachungen der beiden Beteiligten abgestellt ist [156]), wird nicht eine unumschränkte Freiheit zu gelten haben, sondern auch die Anwendung dieses Leistungsprinzips und seine Berücksichtigung im Einzelarbeitsvertrag wird von ganz bestimmten Grundsätzen der neuen Sozialordnung, an die die beiden Beteiligten gebunden sind, abhängig zu machen sein. —

---

[153]) Lange, „Liberalismus", S. 1 ff., S. 10; „Vom alten zum neuen Schuldrecht", S. 48.

[154]) Huber, a. a. O., S. 1018.

[155]) Vgl. Meyer, Recht und Volkstum, 1933, S. 32; Lange, Liberalismus, S. 19.

[156]) Vgl. über die Berücksichtigung des Leistungsgrundsatzes in der Betriebsordnung § 29 AOG; weiter: Mansfeld-Pohl, S. 336/337: Grundlage einer dem einzelnen Beschäftigten gewährten Vergütung für besondere Leistungen müßte, auch wenn die betriebliche Regelung eine solche Vergütung vorsehe, immer die betr. Einzelvereinbarung sein. —

Auch der Begriff „Vertrag des Schuldrechts" hat heute ohne Zweifel eine Bedeutung erhalten, die sich sehr erheblich von der früheren Bedeutung unterscheidet. Denn die nationalsozialistische Rechtserneuerung hat in weitem Umfange auch eine Wandlung vom alten zum neuen Schuldrecht verursacht im Sinne einer allgemeinen Zurückdrängung und Ausmerzung römischrechtlicher und gemeinrechtlicher Gedanken und Anschauungen, und Ersetzung dieser sowie der liberalistisch-materialistischen Bestandteile durch alte deutsche Rechtsgedanken und neue, der nationalsozialistischen Weltanschauung entstammende Begriffe. Es ist ja nicht so, daß das Schuldrecht, weil es etwa am weitesten von fremden Einflüssen durchdrungen ist, gänzlich beseitigt werden sollte und könnte und durch andere Rechtseinrichtungen ersetzt werden könnte, vielmehr wird diese Art Rechtsbeziehungen sich niemals erübrigen lassen. Auch das alte deutsche Recht hat, wie bereits gezeigt worden ist, ein Schuldrecht und schuldrechtliche Beziehungen gekannt. Gerade der Arbeitsvertrag ist im Laufe der Entwicklung im alten deutschen Recht vom personenrechtlichen Treudienstvertrag zum schuldrechtlichen Dienstvertrag umgestaltet worden. Es kommt vielmehr auf die Auffassung vom Wesen des Schuldrechts an. Ein Arbeitsvertrag, der nicht mehr ein Vertrag des „Obligationenrechts" ist, sondern ein Vertrag des deutschrechtlichen „Schuldrechts", würde dementsprechend in manch wesentlicher Beziehung von dem im BGB gestalteten Dienstvertrag abweichen. Eine andere Frage ist es, ob fortan der Arbeitsvertrag überhaupt noch im Schuldrecht geregelt werden soll oder ob er nicht seinem Wesen nach als ein Vertrag eigener Art außerhalb des Schuldrechts, eben als Vertrag des Sozial- und Arbeitsrechts gestaltet werden soll, der eben wegen seiner eigenartigen Merkmale personenrechtlicher Art auch in ein deutschrechtlich neugestaltetes Schuldrecht nicht hineinpassen würde. —

Ein weiterer Grundzug unserer heutigen Rechtsanschauung ist auch die Ausschaltung des „grundsätzlichen Gegensatzes" der Parteien im schuldrechtlichen Vertrag und die Beseitigung einer Überspitzung der natürlichen Interessen der Vertragspartner, die auf dem eigennützigen Standpunkt des Materialismus — „mea res agitur" — beruhte. Die heutige Rechtsanschauung wendet sich ganz entschieden gegen die Auffassung, daß ein derartiger Gegensatz Voraussetzung eines Vertrages ist. Insbesondere ist diese auf grundsätzlichen Kampf abgestellte Interessengegensätzlichkeit des bisherigen Arbeitsvertragsrechts heute abzulehnen. Der neue Arbeitsvertrag wird dagegen so aufzufassen sein, daß er dem Ausgleich und der Wahrnehmung sowie der Berücksichtigung der beiderseitigen natürlichen wirtschaftlichen Interessen in grundsätzlichem gegenseitigem Einvernehmen dient. Die Vertragsbeteiligten werden sich daher nicht mehr als Gegner gegenüberstehen, sondern sie werden in Hinsicht auf das übergeordnete, beiden gemeinsame Ziel und den gemeinsamen Zweck des Vertrages, also den wirklichen Vertragswert, an dem

beide Teile gleichermaßen interessiert sind, als Vertragsgenossen anzusehen sein. Und zwar werden sie Vertragsgenossen im Sinne der alten deutschen Genossenschaftsidee sein, auf deren Bedeutung innerhalb des deutschen Rechtslebens besonders Gierke hingewiesen hat[157]), d. h. „Genossen" nicht im Sinne des Gesellschaftsrechts, sondern im Sinne von „Rechtsgenossen". In dieser Hinsicht bilden ihre Beziehungen eine Einheit gemeinsamen Wirkens, die jedem Teil Rechte und Pflichten auferlegt[158]). Dabei aber — d. h. bei der Bestimmung der einzelnen Rechte und Pflichten — entscheidet nun nicht mehr der eigennützige Wille des einzelnen Vertragsbeteiligten (Vertragsgegners), sondern der aus dem Vertragszwecke zu entnehmende Gemeinschaftswille billig und gerecht denkender Vertragsgenossen[159]). —

So beeinflußt der Wandel der allgemeinen Rechtsanschauungen — hervorgerufen durch die nationalsozialistische Weltanschauung — auch die Gestaltung des Arbeitsvertrags. Bei jeder Anwendung alter Namen und Begriffe hat man sich daher diese Wandlungen vor Augen zu halten. —

3. Ergebnis: Der Arbeitsvertrag als gegenseitiger Vertrag eigener Art.

Aus den Ergebnissen der angestellten Untersuchungen ist als Folgerung zu ziehen, daß der heutige Arbeitsvertrag ein — unter Berücksichtigung der gemachten Vorbehalte — dem Privatrecht angehörender, seinem Wesen nach gegenseitiger Vertrag eigener Art und zwar des Arbeitsrechts ist, dessen Inhalt neben den eigentlichen schuldrechtlichen Bestandteilen in hervorragendem Maße durch die eigenartigen personenrechtlichen Elemente ethisch-sittlich-soziologischer Art bestimmt wird. Ein Vertrag eigener Art liegt darum vor. d. h. der Arbeitsvertrag kann darum nicht weiterhin als ein Vertrag des Schuldrechts angesehen werden, weil tatsächlich ein derartiges Übergewicht des schuldrechtlichen Momentes, das zu einer solchen Charakterisierung dieses Vertrages berechtigen würde, nicht mehr bejaht werden kann. Vielmehr halten sich die personenrechtlichen und die schuldrechtlichen Elemente durchaus die Waage. Gerade aber da die personenrechtlichen Elemente, die eigenartigen ethisch-soziologischen Merkmale dem Arbeitsvertrag sein Aussehen geben, kann er nicht mehr als Vertrag des Schuldrechts angesehen werden, auch wenn als Hauptpflichten, wie noch

---

[157]) Vgl. seine großen Werke: „Genossenschaftsrecht", „Deutsches Privatrecht" und „Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht".

[158]) Vgl. Lange, „Liberalismus", S. 16: „In diesem Gesamtverhältnis als Organismus wurzeln die Ansprüche, die sich in den vom Gesetz vorgeschlagenen nicht erschöpfen". Ders. auch in „Deutsches Recht", 1934, S. 533; vgl. weiter Dersch in DAR, 1933, S. 10; Richter in „Deutsches Recht", 1934, S. 452.

[159]) Lange, „Vom alten zum neuen Schuldrecht", S. 52.

gezeigt werden soll, weiterhin die Arbeitsleistungspflicht und die Lohnzahlungspflicht anzusehen sind. Wie sich das ganze Arbeitsrecht heraushebt aus dem ganzen bisher gekannten Rechtssystem und ein eigenes weder einseitig dem Privatrecht noch dem öffentlichen Recht zuzuweisendes Rechtsgebiet darstellt, so ist auch der Arbeitsvertrag nicht einer der bisher gekannten Vertragsarten zu unterstellen. Insbesondere aber entspricht er keiner der zur Zeit von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Vertragsarten, die vornehmlich dem stark römischrechtlich gestalteten Schuldrecht des BGB angehören. Der Begriff „Vertrag" selbst dagegen ist nicht an das Schuldrecht gebunden, ein Vertrag ist auch außerhalb des Schuldrechts denkbar. Das BGB selbst hat allgemeine Bestimmungen über den Vertrag im allgemeinen Teil (§§ 145 ff.) den besonderen Teilen, also auch dem Schuldrecht vorangestellt. Daß der Arbeitsvertrag andererseits nicht dem Personenrecht zugerechnet werden kann, ist bereits eingehend erörtert worden. Im Gegensatz zu den diesbezüglichen Theorien, die den Arbeitsvertrag in Anlehnung an den alten Treudienstvertrag gestalten wollen, ist hier nur nochmals zu betonen, daß er — geschichtlich gesehen — in seiner ganzen Gestaltung eher dem alten deutschrechtlichen, schuldrechtlichen Dienstvertrag nahe kommt, als dem rein personenrechtlichen Treudienstvertrag. Denn dieser war eben nur die erste Stufe in der Entwicklung des deutschrechtlichen Arbeitsvertrages, der jedoch wesentlich andere „Arbeitsleistungen" zum Gegenstand hatte, als wir sie heute zu regeln haben. Es besteht also kein Anlaß auf diese älteste, durch die volkliche Entwicklung überholte Form des Arbeitsvertrages zurückzugehen und die im deutschen Recht am weitesten entwickelte Form des schuldrechtlichen Dienstvertrages unbeachtet zu lassen. —

Der Begriffsbestimmung als gegenseitigem Vertrag entspricht es, daß der Arbeitsvertrag durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Vertragsbeteiligten — oder, wenn man so sagen will, Vertragsgenossen — zustande kommt. Und zwar sind Vertragsbeteiligte auf der einen Seite der Unternehmer als Inhaber der Produktionsmittel und Eigentümer des Unternehmens und auf der anderen Seite der einzelne Beschäftigte. Zwischen diesen beiden bezieht sich der Vertrag auf die Regelung ihrer Rechtsbeziehungen in Hinsicht auf eine Festsetzung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, vor allem der allgemeinen Arbeitsbedingungen (auf die Gestaltung des Arbeitsvertrages durch die Normen der Betriebsordnung oder Tarifordnung soll dabei nicht eingegangen werden). Der Vertrag erschöpft sich nicht mit der Aufnahme des einzelnen Arbeiters in die Betriebsgemeinschaft und den Betrieb überhaupt, sondern er stellt sich als ein Vertrag auf Zeit im Sinne des Dauerschuldverhältnisses dar. Dieser Charakter des Einzelarbeitsvertrages ist nicht nur vereinbar mit den

[160]) So auch grundsätzlich: Dersch, in AOG, S. 22 und 30; Hueck-Nipperdey-Dietz, AOG, S. 27; Richter in Soz. Prax. 1934, S. 249; Joerges, in „Arbr. u. Volkstum", 1934, S. 105 ff. u. a. m. —

Bestimmungen des AOG [160]), sondern er entspricht seinem wirklichen, natürlichen Wesen und seiner Bedeutung im Leben des Volkes. —

Diese Bedeutung und damit den wirklichen Sinn und Zweck der Bestimmung des AOG haben die Vertreter der Theorien verkannt, die behaupten, die Rechtsfigur des Einzelarbeitsvertrages habe in der neuen Arbeitsordnung keine Daseinsberechtigung mehr und an seine Stelle sei ein rein personenrechtliches Treueverhältnis getreten. Wenn behauptet wurde, daß das Rechtsgebilde eines „Arbeitsvertrages" den Gedanken der Betriebsgemeinschaft illusorisch machen würde [161]), so hat sich gezeigt, daß der Gedanke der Betriebsgemeinschaft zwar von der gemeinsamen Arbeit für die gleichen im Betriebe liegenden Interessen ausgeht, daß es sich aber bei diesen gemeinsamen Interessen um höhere Interessen handelt, Interessen der Erhaltung und des Nutzens der gemeinsamen Arbeitsstätte, des Betriebes und vor allem um die ideellen Interessen des Staats- und Volkswohls. Diese höheren Interessen sind nicht an die Stelle der früher allein im Arbeitsrecht geregelten und berücksichtigten Interessen der Einzelpersonen getreten, sondern sie sind, den Grundsätzen des Nationalsozialismus entstammend, neu in das Arbeitsleben aufgenommen worden und — dem Vorrang der Gemeinschaftsinteressen im neuen Staate entsprechend — vor die Einzelinteressen getreten. Auf die materiell-wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Beteiligten ist daher im AOG bewußt nicht eingegangen worden und brauchte nicht eingegangen zu werden, soweit nicht eben die höheren Gemeinschaftsinteressen als Interessen auch des Einzelnen anzusehen sind, und soweit nicht diese höheren Gemeinschaftsinteressen heute auch im Arbeitsvertrag in Erscheinung treten und Berücksichtigung verlangen. So schafft das AOG — indem es gegenüber der früheren Rechtsordnung des Arbeitslebens in erster Linie auf die gemeinsamen, verbindenden Interessen abstellt — zugleich eine Garantie für die Ausschaltung des Klassenkampfgedankens und der Überspitzung der Einzelinteressen zwischen den Beteiligten des Einzelarbeitsvertrages [162]). Die Einzelinteressen werden wieder auf ihre ursprüngliche, natürliche Bedeutung zurückgeführt. Ihre Regelung übernimmt das AOG nicht unmittelbar selbst, sondern überläßt sie weiterhin der bereits vorhandenen, nur in dem Geiste der neuen Arbeitsordnung umzugestaltenden Einrichtung des Einzelarbeitsvertrages. — Eine Ausschaltung der materiell-wirtschaftlichen verschiedenen Interessen des Unternehmers einerseits und des Beschäftigten andererseits und ihre Ersetzung allein durch Gemeinschaftsinteressen würde einer völligen Verkennung der tatsächlichen Lage im Arbeits- und Wirtschaftsleben des Volkes gleichkommen; denn es wäre utopisch, annehmen zu wollen, man könne diese naturgege-

[161]) So Siebert, a. a. O., S. 462.

[162]) Vgl. Mansfeld in JW 1934, S. 594; Hueck-Nipperdey-Dietz, a. a. O., S. 30.

benen Interessenverschiedenheiten und die in ihnen wurzelnden Gegensätze künstlich völlig hinweg konstruieren [163]). Es ist daher falsch, den Sinn des Gemeinschaftsgedankens in der völligen Verneinung der Einzelpersönlichkeit erblicken zu wollen [164]). —

Während das AOG nun für den von ihm in das Arbeitsleben eingeführten Gemeinschaftsgedanken das Führerprinzip eingeführt hat, — dabei von dem Gedanken ausgehend, daß nur E i n e r wirklich das Gemeinsame und Verbindende in den vielen einzelnen verschiedenen Interessen überblicken und gleichzeitig die höheren Interessen des Staates wahrnehmen kann, daß auch nur Einer wirklich verantwortlich sein kann, — läßt es die für die Regelung der individuellen Rechtsbeziehungen gegebene Form des gegenseitigen Vertrages grundsätzlich unangetastet. Denn für den rechtlichen Ausgleich, der zwischen den verschiedenen Interessen des Unternehmers einerseits und dem einzelnen Beschäftigten andererseits herzustellen ist und der in einer individuellen Abgrenzung und Festsetzung der gegenseitigen Rechte und Pflichten besteht, ist in der heutigen Rechtsordnung und nach den heutigen Verhältnissen nur die Rechtsfigur eines gegenseitigen Vertrages denkbar [165]). Im Gegensatz zu der Regelung der Gemeinschaftsinteressen, deren Wahrnehmung wie gesagt — vergleiche das Beispiel der Staatsführung — die Anwendung des Führerprinzips erfordert, kann auf dem Gebiete der rein individuellen Interessen folgerichtig der Führergrundsatz keine Verwirklichung finden, denn es ist kein Anlaß zu sehen, einer der „Parteien" das ausschließliche und unumschränkte Bestimmungs- und Führungsrecht über die hier miteinander in Widerspruch tretenden, aber doch grundsätzlich gleichwertigen Interessen zuzugestehen. Vielmehr verlangt die Anerkennung des gleichen Wertes der beiderseitigen Interessen auch das Zugeständnis, daß jeder der beiden Beteiligten — als Gleichberechtigter — seine vornehmlich eigenen wirtschaftlichen Interessen selbst wahrnehmen und vertreten kann [166]). Somit ergibt sich, daß die Beibehaltung des Arbeitsvertrages als g e g e n s e i t i g e n V e r t r a g e s ohne weiteres als berechtigt anzusehen ist und nicht in Widerspruch zu dem Gemeinschaftsgedanken und Führergrundsatz des AOG steht. —

Diese Feststellung wird noch weiter dadurch erhärtet, daß gerade heute dem Arbeitsvertrag in dieser Gestaltung eine in mancher Beziehung sehr wesentliche Bedeutung in der neuen Arbeitsordnung zukommt. Denn einmal kann nur durch einen derartigen Vertrag — grundsätzlich — der Eintritt in die Gemeinschaft und den Betrieb erfolgen. In psychologischer Hinsicht hat weiter ein derartiger Vertrag imerhin für den einzelnen Beschäf-

[163]) Vgl. Mansfeld in JW 1934, S. 594: „Ueber die gerechte Verteilung des Sozialprodukts werden Meinungsverschiedenheiten immer bestehen".

[164]) Lange, in „Vom alten zum neuen Schuldrecht", S. 35.

[165]) Ob später einmal das Arbeitsverhältnis völlig anderen Grundsätzen zu unterstellen sein wird und vielleicht rein personenrechtlich gestaltet werden kann, soll nicht verneint werden.

[166]) vgl. Lange, a. a. O., S. 34 f.

tigten die Bedeutung einer rechtlich dokumentierten sicheren Grundlage für seine Existenz — eine Bedeutung, die erst im nationalsozialistischen Staate ihren wirklichen und feststehenden Wert auch wiederum dadurch erhält [167]), daß jetzt der Arbeitsvertrag wirklich ein Vertrag zwischen zwei rechtlich gleichwertigen Persönlichkeiten geworden ist, wodurch ihm das Ansehen eines Diktats des Unternehmers genommen ist. —

Darüber hinaus ist der Vertrag insbesondere aber darum nicht zu entbehren, weil er in der heutigen Arbeitsordnung die unterste Stufe und die vornehmlich materiellrechtliche Bindung zwischen dem Unternehmer als solchem und dem einzelnen Beschäftigten darstellt. Denn die Ordnung des AOG kennt selbst vor allem nur die Beziehungen und Bindungen des Führers des Betriebes und der Gesamtheit der in der Gefolgschaft zusammengefaßten Betriebsangehörigen. Einerseits ist hierzu festzustellen, daß der Unternehmer und der Führer sehr oft — gerade bei den großen Betrieben der AG, GmbH und sonstigen Gesellschaften — nicht ein und dieselbe Person sein wird; schon darum, weil möglichst vermieden werden soll, daß Führer des Betriebes eine Personenmehrheit sein soll, und weil unter Umständen sogar dem Unternehmer die Führereigenschaft abgesprochen sein kann, sodaß im praktischen Leben vielfach Unternehmerstellung und Führeramt auseinander klaffen werden. Andererseits aber ist zu beachten, daß die Gefolgschaft nicht einheitlich nur aus Handarbeitern besteht, sondern in ihr a l l e Angehörigen des Betriebes zusammengeschlossen sind. D. h. zur Gefolgschaft gehören sowohl die höheren — weitgehend selbständigen und darum nicht in einem Arbeitsvertrag stehenden — Angestellten, Betriebsdirektoren, Abteilungsleiter usw., als auch der Arbeiter der Faust und der kleine unselbständige Angestellte. Auf diese Zusammensetzung der Gefolgschaft muß daher auch bei der Regelung der für die Gemeinschaft als solche in Betracht kommenden Beziehungen Rücksicht genommen werden, sodaß die Einzelinteressen naturgemäß zurückstehen müssen; für sie muß also der Arbeitsvertrag die Rechtsgrundlage bleiben. — Was nun aber die Möglichkeit des Auseinanderfallens von Unternehmerstellung und Führeramt anbetrifft, so kann sie sich in mancher Beziehung bei der Regelung der Rechtsbeziehungen der Betriebsangehörigen bemerkbar machen. So ist es ohne Zweifel, daß nur der Unternehmer, als Eigentümer des Betriebes und Inhaber der sächlichen Produktionsmittel, für die Lohnzahlung und die sonstigen materiellrechtlichen Pflichten, — die eben im Arbeitsvertrag geregelt zu werden pflegen, — dem Beschäftigten gegenüber aufzukommen hat. Wenn also der Führer des Betriebes durch das AOG zwar das Recht erhalten hat, die Regelung der Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung vorzunehmen, so ist ihm damit als Führer doch nicht die Pflicht auferlegt, — was aber gerade dann von Bedeutung ist, wenn eben

---

[167]) Vgl. oben S. 90.

Führeramt und Unternehmerstellung auseinanderfallen —, nun auch die entstehenden einzelnen materiellrechtlichen Ansprüche zu erfüllen, obwohl er verpflichtet ist, auf die Erfüllung durch den Unternehmer hinzuwirken. Der einzelne Beschäftigte kann also keineswegs seinen Anspruch auf Lohnzahlung z. B., — auch wenn der Lohn in der Betriebsordnung festgesetzt ist, schon gar nicht aber, wenn die Betriebsordnung überhaupt keine Regelung der allgemeinen materiellen Arbeitsbedingungen enthält —, aus der Betriebsordnung oder unter Umständen einer Tarifordnung unmittelbar gegen den Führer des Betriebes geltend machen. Vielmehr kann sich dieser Anspruch immer nur gegen den Unternehmer als solchen richten. Da aber, wenn Unternehmerstellung und Führeramt auseinanderfallen, der Unternehmer und der Beschäftigte durch die Betriebsordnung unmittelbar nicht verbunden sind, sondern eben nur Führer und Gefolgschaft, so zeigt sich, daß auch aus diesem Grunde besonderes Gewicht auf den Einzelarbeitsvertrag gelegt werden muß, der eben die Rechtsgrundlage der einzelnen materiellen Ansprüche des Unternehmers und des Beschäftigten ist. — Inhaltlich wird er allerdings durch die autonomen Rechtsnormen der vom Führer des Betriebes aufgestellten Betriebsordnung gestaltet[168]). Der Führer kann also durch die Aufstellung einer neuen Betriebsordnung z. B. einseitig die Einzelarbeitsverträge des Betriebes ändern; der Unternehmer, ebenso natürlich der einzelne Beschäftigte, wird durch die Betriebsordnung automatisch gebunden.

Ähnliche Gedanken treten auch hinsichtlich des Eintritts des Beschäftigten in den Betrieb und die Gemeinschaft auf. Wollte man einen nur auf tatsächlicher Grundlage getätigten Eintritt in den Betrieb annehmen, so würde mangels einer rechtlichen Verbindung mit dem Unternehmer als solchem z. B. der Anspruch auf Lohnzahlung nach den Grundsätzen der geltenden Rechtsordnung nur auf den Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung gestützt werden können. Dieser Zustand wäre aber, wie leicht einzusehen ist, nicht befriedigend. So weisen alle diese Bedenken geradezu auf die Notwendigkeit der Rechtsfigur „Arbeitsvertrag" hin, der in der organischen Ordnung des AOG, in dem er die individuellen, vornehmlich materiellen Rechtsbeziehungen zwischen dem Unternehmer und dem Beschäftigten regelt, nicht zu entbehren ist. Eine Ansicht, die über diese individuellen Rechtsbeziehungen hinwegsehen will und damit den Wert der Einzelpersönlichkeit übersieht, vertritt nicht die organischen Anschauungen des Nationalsozialismus bezüglich des Aufbaues der Arbeitsordnung, sondern unorganische kollektivistische Gedanken. —

Die Schwierigkeiten, die — wie gezeigt worden ist — entstehen, wenn man eine rechtliche Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses außerhalb der Betriebsgemeinschaft völlig verneint, entstehen auch dann, wenn man zwar an sich die Notwendigkeit

[168]) Vgl. Dersch, AOG, S. 169.

einer individuellen Regelung anerkennt, wenn man diese aber nicht in einem gegenseitigen Vertrage, sondern in einem auf Über- und Unterordnung beruhenden rein personenrechtlichen Treueverhältnis vornehmen will. Auch ein derartiges Rechtsverhältnis würde nicht die sichere rechtliche Grundlage bieten, die im Interesse des in abhängiger Arbeit stehenden Beschäftigten erfordert werden muß. Der privatrechtliche Unternehmer bietet heute noch nicht — wie z. B. der Staat als Arbeitgeber des Beamten, der ja in einem auf Über- und Unterordnung beruhenden Treue-(Beamten-)Verhältnis steht — die notwendige Garantie dafür, daß eine derartige Unterordnung des — wirtschaftlich und persönlich abhängigen — Beschäftigten unter seine Befehlsgewalt nicht in Rechtsnachteile für diesen ausarten kann. Die menschlichen Schwächen, einen wirtschaftlich abhängigen und untergeordneten Menschen auszubeuten, spielen hier doch immerhin noch eine Rolle [169]). — Ein auf Über- und Unterordnung beruhendes Verhältnis zwischen den einzelnen Beteiligten könnte so leicht einen sachenrechtlichen Einschlag erhalten, wie z. B. in früheren Zeiten mit einer derartigen Betonung der personenrechtlichen Seite des Arbeitsverhältnisses „nicht selten eine beinahe sachenrechtlich anmutende Ansicht" verbunden war, indem nämlich die personenrechtlichen Momente zu einem unmittelbaren Verfügungsrecht des Arbeitgebers an der Arbeitskraft des Beschäftigten führten [170]). Die Möglichkeit einer Behandlung der Arbeit und des Arbeitenden als Sache ist aber unter allen Umständen auszuschließen, gerade aus diesem Grunde wurden ja die römischrechtlichen Anschauungen beseitigt. — Die Sicherungen des AOG, die dieses selbst für das Treue- und Vertrauensverhältnis der Betriebsgemeinschaft und das durch das Führerprinzip begründete Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Führer und Gefolgschaft für notwendig erachtet hat [171]), — also insbesondere die Einrichtung des Vertrauensrates, das Aufsichtsrecht des Treuhänders der Arbeit, das Recht der Mehrheit des Vertrauensrates gemäß § 16 AOG, den Treuhänder der Arbeit anzurufen, und die Einführung der sozialen Ehrengerichtsbarkeit, — würden aber die nachteiligen Auswirkungen eines auf Über- und Unterordnung beruhenden Einzelarbeitsverhältnisses nicht verhindern können. So ist für die Regelung der individuellen Rechtsbeziehungen im Arbeitsleben ein auf Über- und Unterordnung beruhendes — rein personenrechtliches — Treuverhältnis abzulehnen [172]). —

Das AOG, das in der Hauptsache einen eigenen, weniger juristischen als ethischen Stil hat und weniger rechtliche Normen als programmatisch Zweck und Ziel der neuen Sozialordnung aufstellen will, bestimmt und beherrscht selbstverständlich als Ord-

[169]) vgl. Dersch, a. a. O., S. 116.
[170]) vgl. Siebert, a. a. O., S. 463.
[171]) vgl. Dersch, AOG, S. 116.
[172]) So auch: Mansfeld in JW 1934, S. 595; Richter in Soz. Prax., 1934, S. 249 u. a. m. —

nung der nationalen Arbeit weitgehend mit seinen die nationalsozialistische Sozialgesinnung verkörpernden ethischen Gedanken das ganze Arbeitsrecht und so auch das Recht der Einzelarbeitsbeziehungen bis in alle Einzelheiten. Aber ebenso selbstverständlich ist es, daß es nicht selbst an die Stelle der die rein materiellen Rechtsbeziehungen betreffenden Gebiete des Arbeitsrechts getreten ist. Das Ziel des Gesetzgebers war mehr eine Formung und Erziehung des deutschen Arbeitsmenschen, als die äußere Ordnung ihres Zusammenlebens [173]). Ebenso wie es durch die Führerstellung nicht etwa das Eigentum und die sonstigen privatrechtlichen Rechte des Unternehmers vergesellschaftet hat, und der Gefolgschaft keine privatrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten hierauf gegeben hat [174]), so hat es auch andererseits nicht die Rechtspersönlichkeit und die privatrechtliche Stellung des Beschäftigten verneint oder geschmälert und etwa dem Führer ein unmittelbares Verfügungsrecht über die Arbeitskraft und den Menschen selbst eingeräumt. —

Somit ergibt sich die Rechtfertigung der Feststellung, daß der Arbeitsvertrag auch in der neuen Arbeitsordnung seinen Platz einnehmen wird und einnimmt und zwar in der Form eines gegenseitigen — inhaltlich aus schuldrechtlichen und personenrechtlichen Bestandteilen zusammengesetzten — Vertrages eigener Art. —

4. Die Bedeutung des Beschäftigungsverhältnisses.

Die grundlegende Frage, ob in der neuen Arbeitsordnung die Rechtsfigur des Arbeitsvertrages unterste Grundlage sein solle oder das rein tatsächliche Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnis, konnte nach den angestellten Untersuchungen nur zugunsten des Arbeitsvertrages beantwortet werden. Es fragt sich aber, ob nicht auch dann, wenn grundsätzlich der Arbeitsvertrag als Grundlage des Eintritts in den Betrieb und als Grundlage für die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft angesehen wird, dem rein tatsächlichen Beschäftigungsverhältnis noch irgendwelche Bedeutung zukommt. Es soll dabei nicht näher auf die Bedeutung eingegangen werden, die dem Beschäftigungsverhältnis in der Sozialversicherung und in der Rechtsprechung des RVA beigelegt wird. Vielmehr können hier nur die Probleme behandelt werden, die sich für das Arbeitsvertragsrecht ergeben.

So ergibt sich z. B. die Frage, welche Regelung gelten soll, wenn ein Arbeitsvertrag tatsächlich nicht vorliegt oder aber nichtig ist [175]). Man könnte hier zu der Annahme kommen, daß in einem solchen Falle der Arbeiter auf rein tatsächlicher Grundlage in einen Betrieb und die Gefolgschaft dieses Betriebes eingeglie-

[173]) Mansfeld-Pohl, S. 75 und 115.

[174]) Dersch, AOG, S. 24.

[175]) Diese Schwierigkeit, die sich aus dem Wesen des Vertrages ergibt, berechtigt jedoch nicht dazu, das ganze Recht nach diesen wenigen

dert worden ist, daß also die Grundlage für die rechtlichen Beziehungen der Einzelbeteiligten hier ein „Beschäftigungsverhältnis“ [176]) ist. Mansfeld-Pohl wollen aber hier einen Weg sehen, der ohne ein derartiges Beschäftigungsverhältnis auskommt. Es ließe sich für derartige Fälle (Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages usw.) auch ohne grundsätzliche Anerkennung eines Beschäftigungsverhältnisses eine zutreffende Lösung finden. Denn „da ja die Pflichten des Gefolgsmannes nicht vertraglicher, sondern sittlicher Natur“ seien, so seien in diesen Fällen die betreffenden Arbeiter auch so, d. h. auf tatsächlicher Grundlage in die Gemeinschaft einzugliedern [177]). Der Rechtsanspruch auf Lohn wäre dann jedoch bei derartigen Fällen einer tatsächlichen Eingliederung in die Betriebsgemeinschaft, weil dieser nicht unmittelbar auf das Betriebsgemeinschaftsverhältnis gestützt werden kann, auch nicht aus der Zugehörigkeit zur Gefolgschaft und nicht unmittelbar aus der Betriebsordnung hergeleitet werden kann, nur auf die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu stützen [178]). Man müßte also, wollte man der Ansicht von Mansfeld-Pohl folgen, zu dem Ergebnis kommen, daß die Rechtsfigur des Beschäftigungsverhältnisses in der neuen Arbeitsordnung überflüssig und unnötig ist. Es fragt sich aber, ob die Bestimmungen, die die Rechtsordnung für die Regelung derartiger Fälle zur Verfügung stellt, in denen ein Vertrag nichtig ist oder sonstwie nicht zustande kommt — trotzdem aber eine Leistung erbracht wird, und zwar eben nicht auf vertraglicher Grundlage —, auch dann ausreichen würden, wenn man in derartigen Fällen nicht zu dem Begriff eines Beschäftigungsverhältnisses greifen würde.

Dersch weist in dieser Hinsicht daraufhin, daß — abgesehen von dem Gebiete der Sozialversicherung, für die in jahrelanger Rechtsprechung des RVA der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses anerkannt worden ist — der Begriff des Beschäftigungsverhältnisses auch im Arbeitsrecht in einzelnen Beziehungen, nämlich hinsichtlich der Kündigungsschutzbestimmungen, der Arbeiterschutzbestimmungen usw. insofern Bedeutung habe, als hierbei ohne Zweifel von dem Beschäftigungsverhältnis und nicht dem Arbeitsvertrag ausgegangen werde. Wie bereits gezeigt, sieht Dersch dieses Beschäftigungsverhältnis als ein auf tatsächlicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis an [179]). Er will an den Tatbestand des Arbeitens also ohne weiteres Rechtsfolgen knüpfen. Jedoch soll das Beschäftigungsverhältnis dieser Art nicht mit dem tatsächlichen Ausüben der Arbeit identisch sein, denn wie der Arbeitsvertrag durch Krankheit, Urlaub und ähnliche Unter-

---

Ausnahmen zu orientieren, d. h. den Arbeitsvertrag zu verneinen und das Beschäftigungsverhältnis überhaupt als Grundlage anzusehen. So Mansfeld-Pohl, S. 90. — Vgl. z. B. Nikisch, AOG, S. 23.

[176]) Mansfeld-Pohl, S. 90.

[177]) Vgl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 27; Nikisch, a. a. O., S. 11; Kausen in NZAR 1931, S. 145.

[178]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 288.

[179]) in Arb.R.Prax., 1930, S. 144.

brechungen kürzerer Art nicht abgebrochen wird und auch während einer solchen Unterbrechung z. B. hinsichtlich der Lohnsicherung die Leistung der Arbeit unterstellt wird [180]), soll auch das Beschäftigungsverhältnis durch derartige kürzere Unterbrechungen nicht abgebrochen werden [181]). Es soll sich also als ein Rechtsverhältnis darstellen, das — zweiseitig — zwischen dem Unternehmer auf der einen Seite und dem Arbeitnehmer auf der anderen Seite im Rahmen eines tatsächlich übernommenen Arbeitsverhältnisses für die ganze Dauer besteht, ohne von einer ununterbrochenen Fortdauer der Tätigkeit abhängig zu sein [182]). Hinsichtlich des Arbeiterschutzes ist dieser Standpunkt Dersch's ohne weiteres insofern gerechtfertigt, als eben nicht nur Arbeit auf Grund eines Vertrages, sondern auch vertragslos ausgeübte Arbeit dieses Schutzes bedarf. — Aber darüber hinaus wird ein Beschäftigungsverhältnis, wie Dersch es versteht, auch bezüglich anderer Probleme dann zu bejahen sein, wenn ein Arbeitsvertrag nicht vorliegt. Insbesondere kommt hier die Frage der Lohnsicherung in Betracht. Da sie grundsätzlich an das Bestehen einer L o h n forderung geknüpft ist, d. h. eine Forderung, deren Gegenstand die Zahlung von Lohn oder einer gleichgestellten Vergütung ist, damit aber grundsätzlich die Forderung auf Lohnzahlung des Arbeitnehmers gegenüber dem Unternehmer aus dem Arbeitsvertrage, nicht dagegen eine Forderung auf Schadensersatz oder auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gesichert ist [183]), so wäre aus dieser Rechtslage zu folgern, daß bei einer Bejahung der Ansicht Mansfeld-Pohls eine Lohnsicherung in derartigen Fällen des Nichtvorliegens eines Arbeitsvertrages nicht in Frage käme, da ja der Arbeitnehmer dann nur einen Anspruch auf Ersatz oder Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung hätte. Eine derartige Folgerung wäre aber höchst unbillig. Es ist daher Dersch zuzustimmen, der für derartige Fälle ein Beschäftigungsverhältnis als zweiseitiges Rechtsverhältnis kennt, also „ein außervertragliches Schuldverhältnis, das neben den Abschnitten ‚ungerechtfertigte Bereicherung', ‚unerlaubte Handlung', ‚Geschäftsführung ohne Auftrag' eine neue Rechtsfigur des bürgerlichen Rechts darstellt [184]). Dersch weist in dieser Beziehung auch noch daraufhin, daß durch die Regelung des AOG der normenschaffenden Stelle des Betriebes, d. h. dem Führer des Betriebes ausdrücklich die Möglichkeit gegeben sei, auch vertraglose Arbeitsverhältnisse ausdrücklich in die Normengeltung einzubeziehen. — Ein derartiges Beschäftigungsverhältnis würde also im Falle der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages und ähnlicher Fälle den Arbeitsvertrag zum Teil ersetzen und würde ein arbeitsrechtliches Rechtsverhältnis darstellen, aus dem — wie im Ar-

[180]) siehe (Kaskel-)Dersch, S. 209 und Anm. 6.
[181]) a. a. O., S. 144 und in Erl.buch z. AVG, 3. Aufl., S. 162.
[182]) S. 144.
[183]) (Kaskel-)Dersch, S. 208, 209.
[184]) Dersch in AOG, S. 176.

beitsvertrage selbst — gegenseitige Rechte und Pflichten entspringen, so auch u. a. der Anspruch auf Lohnzahlung, sodaß nunmehr auch die Lohnsicherungsbestimmungen in derartigen Fällen eingreifen würden. — Aber auch sonst würde hier eine feste rechtliche Regelung gegeben sein, die bereits der Anlaß zu der Forderung einer grundsätzlichen Beibehaltung des Arbeitsvertrages statt eines rein tatsächlichen Arbeitsverhältnisses war. Gerade weil festgestellt werden mußte, daß ein tatsächliches Arbeitsverhältnis in keiner Weise den Ansprüchen gerecht werden kann, die auch in der Ordnung des AOG an die Regelung der Einzelbeziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigtem gestellt werden müssen, muß auch für den Fall, daß der Arbeitsvertrag einmal nichtig ist oder aus irgendeinem anderen Grunde nicht besteht, eine feste Rechtsfigur gefordert werden, die dann die Stelle des Arbeitsvertrages einnehmen kann. Das ist aber das Beschäftigungsverhältnis als Rechtsverhältnis, das auch nicht durch Urlaub, vorübergehende Nichtarbeitszeiten usw. unterbrochen wird, also eine rechtliche Regelung der Beziehungen zwischen Unternehmer und Beschäftigtem zulassen würde, die den fehlenden Arbeitsvertrag ersetzen könnte. —

3. Teil:

Der Arbeitsvertrag in seiner grundsätzlichen Neuordnung

Nachdem so das Wesen und die Bedeutung des Einzelarbeitsvertrages für die neue Arbeitsordnung festgestellt worden sind, nachdem auch die Grundsätze aufgezeigt worden sind, deren Berücksichtigung die neue Arbeitsordnung erfordert, soll jetzt untersucht werden, wie sich in grundsätzlicher Hinsicht diese Neuordnung auf den Gesamtinhalt und die einzelnen Inhaltsbestandteile des Arbeitsvertrages auswirkt. Es soll dabei weniger auf eine feste Bestimmung aller kleinsten Einzelheiten eingegangen werden, als vielmehr aufgezeigt werden, welchen Einfluß die gefundenen allgemeinen Ergebnisse der Untersuchung auf die grundsätzliche Gestaltung der einzelnen Bestandteile ausüben und in welcher Richtung sich die Neugestaltung in Bezug auf die einzelnen Teile des Arbeitsvertrages auswirkt. Da der Arbeitsvertrag in seiner grundsätzlichen Form eines gegenseitigen Vertrags erhalten geblieben ist, sind gewisse Grundzüge des bisherigen Arbeitsvertragsrechts ihrer allgemeinen Bedeutung wegen unverändert oder nur in geringem Maße abgeändert in das neue Arbeitsvertragsrecht übernommen. Wichtig ist es aber, deren Zusammenhänge mit den neuen Grundzügen aufzuzeigen, da sie mittelbar in ihrer Auswirkung und Bedeutung immerhin von diesen beeinflußt werden.

Es wird somit zuerst einmal auf das System des neuen Arbeitsvertrages einzugehen sein, um zu prüfen, ob und in welcher Weise die neuen Grundzüge und Bestimmungen in dieses System einzuordnen sind oder ob sie eine völlige Umstellung des bisherigen Arbeitsvertrags-Systems erfordern.

A. Das System des neuen Arbeitsvertrages und seine Einordnung in die Ordnung des AOG.

Grundsätzlich baut sich das System des Arbeitsvertrags, seinem Wesen als einem dem Dauerschuldverhältnis entsprechenden Vertrag nach, der sich über eine längere Zeitspanne erstreckt und nicht mit dem eigentlichen Vertragsabschluß sich erschöpft, auf den drei großen Abschnitten auf, die sich aus den einzelnen Entwicklungsperioden des Vertrages ergeben. Das erste Stadium be-

trifft den Abschluß des Vertrages, d. h. es handelt sich hier um den eigentlichen schuldrechtlichen Vertrag im engeren Sinne zwischen den beiden Vertragsbeteiligten, dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten. Das auf Grund dieses — rein schuldrechtlichen — Vertragsabschlusses zustandegekommene Vertragsverhältnis eigener Art bildet den zweiten Abschnitt des Systems, d. h. das eigentliche Wirksamsein des Vertragsinhalts und der einzelnen Vertragsbestimmungen. Dieses zweite Entwicklungsstadium enthält also den eigentlichen Inhalt des Arbeitsvertrages, die einzelnen Arbeitsbedingungen und die auf die einzelnen Rechte und Pflichten der beiden Vertragsteile sich beziehenden Bestimmungen. Während das bisherige System des Arbeitsvertrages bezüglich dieses zweiten Abschnittes nur den Aufbau der rein oder doch vorwiegend schuldrechtlichen Rechte und Pflichten der beiden Parteien des Vertrages enthielt und diese in fest bestimmter Weise systematisch ordnete, wird sich das neue System nicht in dieser schematischen, streng abgegrenzten Art aufbauen können. Die rechtlich weniger bestimmten, mehr ethisch-sittlichen Grundsätze der neuen Sozialordnung lassen sich ihrem ganzen Wesen nach nicht systematisch in einzelne ganz bestimmte und konkrete berechenbare Rechte und Pflichten zerlegen und unterscheiden. Sie kommen vielmehr dadurch zum Ausdruck, daß sie als beherrschendes sittliches Gebot, als ethische Pflicht über, neben und in den einzelnen konkreten schuldrechtlichen Rechten und Pflichten stehen und diese in ihrer Auswirkung und Auslegung bestimmen. Damit soll jedoch nicht gesagt sein, daß diese neuen — an sich ethisch-sittlichen — Grundsätze nicht auch als bestimmte Rechtspflichten auftreten können. —

Im letzten Stadium findet der Vertrag die Regelung seiner Beendigung. Es sind hier die einzelnen Arten der Auflösung und Beendigung des Arbeitsvertrages und ihre Nachwirkungen und Folgen zu ordnen. Gerade heute im nationalsozialistischen Staate ist dieser Teil jedoch weitgehend durch eine starke Einflußnahme des Staates bestimmt. Insoweit machen sich hier also öffentlichrechtliche Vorschriften bemerkbar, die ebenfalls in die Systematik des gesamten Arbeitsvertragsrechts einzugliedern sind. —

Dieses aufgezeigte grundsätzliche System des Einzelarbeitsvertrages ist nun in das System der durch das AOG gegebenen grundsätzlichen Verfassung des deutschen Arbeitslebens einzuordnen. Die Bestimmungen des AOG ergeben ein System, das aus nur einem Abschnitt besteht, das System der Ordnung der Betriebsgemeinschaft. Von diesem Bestehen der Betriebsgemeinschaft geht das AOG aus, um diesen Mittelpunkt herum wird das System der Arbeitsverfassung aufgebaut. Die im AOG enthaltenen Kündigungsbestimmungen haben in systematischer Hinsicht mit der Arbeitsverfassung, wie sie das AOG gibt, nichts zu tun, sondern sie gehören in das System des Einzelarbeitsvertragsrechts. Mit dem System der neuen Arbeitsordnung ist das System des

Arbeitsvertrages, wie es hier dargestellt wurde, zu vereinigen und zwar als Ergänzung des Systems des AOG.

Danach ergibt sich nunmehr zuerst eine Ordnung des Eintritts in die Betriebsgemeinschaft, die das AOG unberücksichtigt läßt; weiter wird das eigentliche System des AOG während der Zugehörigkeit zur Betriebsgemeinschaft dadurch ergänzt, daß das Arbeitsvertragsrecht die Regelung der Einzelbeziehungen enthält, während das AOG nur die Gemeinschaftsbeziehungen regelt. Und schließlich umfaßt das Arbeitsvertragssystem auch die Bestimmungen über das Ausscheiden aus der Gemeinschaft. Somit ist festgestellt, daß das System des AOG nicht nur nicht eine Ergänzung durch das Arbeitsvertragsrecht entbehren kann, sondern es sogar in seinem ganzen Aufbau voraussetzt. Die Arbeitsordnung des AOG geht eben, das ist immer wieder hervorzuheben, von der Tatsache aus, daß bereits eine Betriebsgemeinschaft vorliegt; die systematische Ordnung der Bestimmungen des AOG kann sich daher nur auf diese beziehen. —

I. Die Stellung des Arbeitsvertrages zum Führer-Gefolgsmann-Verhältnis.

Im einzelnen ist innerhalb des Gesamtsystems des heutigen Arbeitsrechts besonders das Verhältnis des Einzelarbeitsvertrages zum Führer-Gefolgschaftsverhältnis des AOG zu erörtern, da aus ihrem Nebeneinander- und Zusammenbestehen die Frage entstehen könnte, ob und wieweit das eine durch das andere ausgeschlossen oder beeinflußt wird. Tatsächlich ist es nicht so, wie bereits festgestellt werden konnte, daß das Führer-Gefolgschaftsverhältnis etwa mit dem Einzelarbeitsvertrag — ihrer grundsätzlich verschiedenen Wesen wegen — nicht zu vereinbaren wäre und daß daher nur das Führer-Gefolgschaftsverhältnis in der neuen Arbeitsordnung zu gelten hätte, neben dem der Einzelarbeitsvertrag als überflüssig anzusehen wäre. Vielmehr bestehen beide sinn- und zweckmäßig neben einander und laufen neben einander her. Das Führer-Gefolgschaftsverhältnis zeigt sich in dieser Hinsicht klar als Gemeinschaftsverhältnis: die Gefolgschaft als solche, in ihr also die einzelnen Betriebsangehörigen — gleich ob Angestellter höheren oder niederen Grades oder Arbeiter — zusammengeschlossen, steht in der Betriebsgemeinschaft neben dem Führer des Betriebes. Beide Teile der Gemeinschaft sind einander in Treue verbunden. Materiellrechtliche konkrete Rechte und Pflichten, wie der Arbeitsvertrag, enthält dieses Gemeinschaftsverhältnis nicht. Die Rechte und Pflichten, die z. B. das Führeramt mit sich bringt, sind Pflichten gegenüber der Gefolgschaft und dem Volksganzen, Pflichten vornehmlich ethisch-sittlicher Art. Auch die Rechte und Pflichten der Gefolgschaft sind solche, die aus dem Sinn und Zweck der Gemeinschaft entspringen. Daß die Treuepflicht jedoch nicht nur eine Pflicht der Gefolgschaft als solcher, sondern auch eine Pflicht jedes einzelnen Gefolgschafts-

angehörigen ist, liegt in der Natur dieser Pflicht begründet. Im allgemeinen aber bestehen alle diese Rechte und Pflichten erst durch den Einzelarbeitsvertrag gegenüber dem einzelnen oder liegen dem einzelnen ob. Vor allem steht bürgerlichrechtliche Haftung hinter diesen Pflichten nur dann, wenn die betreffende Verpflichtung zugleich eine Pflicht im Einzelarbeitsvertrag ist [1]). Diese Folgerungen ergeben sich alle aus dem Wesen des Führer-Gefolgschaftsverhältnisses als eines rein personenrechtlichen Treueverhältnisses, das völlig auf ethische und sittliche Grundsätze abgestellt ist und so dem alten deutschen Treudienstvertrag gleichkommt, der auch seinem Wesen nach personenrechtlicher Natur war als ein Verhältnis zwischen Herrn (Führer) und Gefolgsmannen und auf ethisch-sittlicher Grundlage beruhte. Beachtenswert ist dabei auch, und darin findet dieses eigenartige, mehr aus volkspolitischen Anschauungen und Notwendigkeiten des nationalsozialistischen Staates als aus rechtlichen Erwägungen heraus geschaffene Führer-Gefolgschaftsverhältnis wiederum ein besonderes Merkmal, daß es zwischen dem Führer des Betriebes als Inhaber eines öffentlichen Amtes, nicht also dem Unternehmer als solchem, und der Gefolgschaft besteht, die aus allen Angehörigen des Betriebes zusammengesetzt ist. Wenn also, was in der Praxis häufig vorkommen wird, das Führeramt nicht der Unternehmer innehat, so sind die Pflichten der Gefolgschaft aus dem AOG nicht dem Unternehmer, sondern dem Betriebsführer gegenüber zu erfüllen. Dieser aber ist dem Staate gegenüber dafür in eigener Person verantwortlich, daß er auch für die Erfüllung der Betriebsführerpflichten aus dem AOG sorgt. Zwischen ihm und der Gefolgschaft besteht diese auf ethisch-sittlichen Grundsätzen beruhende Verbundenheit, dieses gegenseitige Vertrauensverhältnis, nicht zwischen der Gefolgschaft und dem Unternehmer als solchem, der in einem derartigen Falle außerhalb der Betriebsgemeinschaft stehen würde. Die materiellrechtlichen Beziehungen dagegen bleiben trotzdem zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten bestehen. Für diese Beziehungen hat der Führer des Betriebes, ebenso wie für die rein wirtschaftliche Leitung des Unternehmens, nicht aufzukommen; abgesehen davon, daß er eben für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen hat und damit verbunden ist, daß er auf die Erfüllung der dem Unternehmer obliegenden materiellrechtlichen Verpflichtungen hinzuwirken hat. — Wenn aber heute der Betrieb für den Unternehmer nicht mehr die Bedeutung eines rein privatwirtschaftlichen und privatkapitalistischen Gutes hat, mit dem er unumschränkt schalten und walten kann, wie er will, vielmehr er seinen Betrieb als ein ihm vom Volksganzen anvertrautes Gut anzusehen hat, demzufolge er als der betriebswirtschaftliche Treuhänder des Ganzen zu gelten hat [2]), so ist doch andererseits nicht sein Unternehmen, sein Eigentum vergesellschaftet worden [3]). Er bleibt also weiterhin Inhaber

[1]) Dersch, S. 22 und 25.
[2]) Vgl. Dersch, AOG, S. 22.

der sächlichen Produktionsmittel, ihm stehen die Erträgnisse des Unternehmens zu und er ist Berechtigter und materiell Verpflichteter aus dem Einzelarbeitsvertrag. Somit ergibt sich, daß Führer-Gefolgschaftsverhältnis und Arbeitsvertrag nebeneinander bestehen, ohne sich begrifflich oder tatsächlich gegenseitig auszuschließen. Sie sind, obwohl sie auf anderen Ebenen liegen, anderen Zwecken und Zielen dienen und andere Aufgaben zu erfüllen haben, schließlich aber zwischen verschiedenen Personen und Personengruppen bestehen, durchaus miteinander zu vereinbaren, ohne daß sich irgendwelche Schwierigkeiten aus ihrem Nebeneinanderbestehen ergeben müßten. Im Gegenteil ergänzen sie sich in jeder Weise; der eine hauptsächlich die natürlichen und oftmals verschiedenen Interessen der einzelnen Beschäftigten regelnd, das andere vor allem die Interessen des Staates und der Gemeinschaft, des Volkes und der Gesamtheit wahrnehmend. — Daß gegenseitige Auswirkungen bezüglich der praktischen Anwendung ihrer einzelnen Bestimmungen, vor allem von seiten des Führer-Gefolgschaftsverhältnisses aus auf die Auslegung der Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrages, sich ergeben werden, ist notwendig und liegt in dem Wesen der Bestimmungen des AOG als Grundnormen des gesamten neuen Arbeitsrechts und als Richtlinien für die Neugestaltung auch des Einzelarbeitsvertragsrechts.

II. Das Verhältnis der schuldrechtlichen Elemente des Arbeitsvertrages zu den personenrechtlichen (ethisch-sittlichen und soziologischen) Elementen.

Innerhalb des Systems des Einzelarbeitsvertrages sind die einzelnen Elemente zu ordnen. So wird der Inhalt des Vertrages von schuldrechtlichen und personenrechtlichen Elementen erfüllt. Während im bisherigen Recht nur eine bestimmte Anzahl gegenseitige Rechte und Pflichten schuldrechtlicher Art anerkannt wurden, während nur nebenbei ein personenrechtliches Merkmal in der Fürsorgepflicht einerseits und der Treuepflicht andererseits gesehen wurde [4]), denen aber bestimmendes Gewicht kaum beigelegt worden ist, wird der Inhalt des neuen Arbeitsvertrages weitgehend von diesen neuartigen Grundsätzen beherrscht, die

[3]) Beachte die Ausführungen von Dersch, AOG, S. 24, 25: „Eigentum und sonstige privatrechtliche Rechte des Unternehmers werden zwar grundsätzlich durch die Führerstellung nicht etwa vergesellschaftet. Die Gefolgschaft erlangt keine privatrechtliche Einwirkungsmöglichkeit hierauf. Doch strahlen die Führerpflichten mittelbar auch stark auf die Handhabung der privatrechtlichen Unternehmerrechte aus.“ ..... „Mittelbar liegen also hier rechtlich wichtige Ansätze für eine sich anbahnende Umbildung des rein liberalistischen Eigentumsbegriffes zu einem neuen, im Interesse des Volksganzen gebundenen Eigentumsbegriff, der zwar das privatrechtliche Eigentum grundsätzlich anerkennt, es aber von höheren ethischen Gesichtspunkten aus zum Nutzen von Volk und Staat verstärkten Bindungen unterwirft.“ —

[4]) Vgl. aber die neueren Theorien in Wissenschaft und Rechtsprechung, oben zu 1. Teil, III, 1 und 2.

als personenrechtliche Elemente bezeichnet werden. Es fragt sich, welche Bedeutung im einzelnen diesen Merkmalen zukommt. —

Es ist festgestellt worden, daß der Arbeitsvertrag seinem Charakter nach ein gegenseitiger Vertrag bleibt. Aber es ist weiter auch festgestellt worden, daß er heute kein ausgesprochen schuldrechtlicher Vertrag mehr ist, insbesondere gehört er keiner der Vertragsarten an, die die bisherige Rechtsordnung, vor allem im BGB, zur Verfügung stellt. Wenn also die neuen ethisch-sittlichen Bestimmungen zwar den Vertragscharakter nicht beseitigt haben, so kommen sie doch desto wesentlicher in der Neugestaltung des Inhalts des Vertrags zum Ausdruck. Da eine klare Abgrenzung zwischen dem Führer-Gefolgschaftsverhältnis und dem Arbeitsvertrag in der Weise vorgenommen werden konnte, daß diesem die Regelung der ethisch-sittlichen Beziehungen im Betriebe und der Betriebsgemeinschaft, die Regelung der sozialpolitischen Aufgaben im Sinne der Anschauungen des neuen Staates zugewiesen werden konnte, während jenem die Regelung der materiellrechtlichen Beziehungen zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten überlassen worden ist, so kann nunmehr auch die Folgerung gezogen werden, daß in diesem — materiellrechtlichen — Arbeitsvertrag die neuen ethisch-sittlichen Bestimmungen nicht mehr nur als solche, sondern auch als wirkliche Rechtspflichten in Erscheinung treten. Es soll die Abgrenzung und Bestimmung der einzelnen gegenseitigen Rechte und Pflichten der beiden Vertragsbeteiligten in dieser Erkenntnis vorgenommen werden. —

Als Hauptpflicht des Unternehmers — es soll den heutigen Anschauungen entsprechend, nach denen das Arbeitsverhältnis in erster Linie ein Pflichtverhältnis ist, von den Pflichten ausgegangen werden — ist auch heute die Pflicht zur Lohnzahlung anzusehen, als Hauptpflicht des Beschäftigten die Pflicht zur Arbeitsleistung. Das sind also die bisherigen — schuldrechtlichen — Hauptpflichten des rein schuldrechtlichen Arbeitsvertrages (Dienstvertrages im Sinne des § 611 BGB). Neben diese beiden Hauptpflichten schuldrechtlicher Natur treten auf jeder Seite verschiedene weitere schuldrechtliche Pflichten bzw. Rechte. Hierzu kommen nunmehr aber die neuen Bestimmungen personenrechtlicher Art. Es ist — um das von vornherein festzulegen — nicht der Sinn dieser neuen Grundsätze, daß sie in jedem Falle als selbständige, neue bestimmte Pflichten bzw. Rechte neben die bestimmten schuldrechtlichen Pflichten und Rechte treten und in jedem Falle für sich auch ganz konkrete Ansprüche begründen müßten. Eine derartige Aufteilung des Inhalts des Arbeitsvertrages in streng von einander getrennte und abgegrenzte schuldrechtliche Pflichten einerseits und personenrechtliche Pflichten andererseits würde nicht dem Sinn dieser neuen Bestimmungen entsprechen. Die ethisch-sittlichen Grundsätze sollen vielmehr alle Bestimmungen des bisherigen Arbeitsvertragsrechts mit einem neuen Geist durchdringen. Soweit sie jedoch wie die schuldrechtlichen

Pflichten und Rechte als selbständige Rechtspflichten in Erscheinung treten, geschieht das weniger in der Art von mit diesen hinsichtlich des Vorranges konkurrierenden Vorschriften, nicht also in einem ständigen Nebeneinander und Gegeneinander mit den schuldrechtlichen Bestimmungen, sondern sie ergänzen diese im Sinne der heutigen Sozialanschauungen. Es ist daher auch nicht ein System der Art aufzurichten, daß die personenrechtlichen Pflichten und Rechte den schuldrechtlichen untergeordnet werden oder umgekehrt. In ein Verhältnis der Über- und Unterordnung treten in gewisser Weise nur die rein schuldrechtlichen Bestimmungen zueinander insofern, als die Lohnzahlungs- bzw. Arbeitsleistungspflicht als Hauptpflichten den übrigen schuldrechtlichen Pflichten im täglichen Leben vorgehen.

Die große Bedeutung der personenrechtlichen, ethisch-sittlichen Grundsätze liegt jedoch auch auf dem Gebiete des Einzelarbeitsvertragsrechts darin, daß sie die einzelnen arbeitsvertraglichen schuldrechtlichen Bestimmungen im konkreten Anwendungsfalle hinsichtlich ihrer Auslegung beeinflussen. Sie sind die Grundsätze, die die nationalsozialistische Weltanschauung aus ethischen und sittlichen Gründen heraus aufgestellt hat, um die arbeitsrechtlichen Beziehungen zu vermenschlichen und um eine soziale Gerechtigkeit herbeizuführen. So stehen diese Grundsätze in, neben und über den bestimmten schuldrechtlichen Pflichten [5]). Sie können nicht in jedem Falle, wie sittliche Anschauungen überhaupt, im einzelnen von vornherein fest bestimmt und in ihren einzelnen Auswirkungen und Folgen bis in die kleinsten Einzelheiten hinein festgelegt werden. Darin kommt im übrigen auch ein Unterschied zwischen der nationalsozialistischen und der liberalistischen Rechtsauffassung zum Ausdruck. Denn dieser verlangte vom Recht und den Rechtsnormen eine jederzeit von vornherein zu erkennende Festlegung der möglicherweise eintretenden Folgen. Für den Liberalismus ist Recht daher inhaltsgleich mit einer Summe von ganz bestimmten, aufgeteilten, von vornherein genau berechenbaren Rechtsnormen. Das ist also das römische Recht, durch den Pandektismus vollends in das Recht des Individualismus und Materialismus umgeprägt. Der Pflicht- und Gemeinschaftsgedanke des deutschen Rechtsgutes mußte demgegenüber zurücktreten. Der Individualismus drängte dazu, die Grenzen der Betätigungsfreiheit des Einzelnen klar zu ziehen, um so eine sichere Grundlage für diese zu haben. Rechtssicherheit bedeutet für den Individualismus daher nicht die Gewährleistung innerer Gerechtigkeit, sondern lediglich die äußerliche Berechenbarkeit der Folgen eigenen Handelns. Hierbei brauchen sich daher Recht und Sittlichkeit nicht zu decken, sondern das Recht des Individualismus kann auch unsittlich sein [6]). Diese Grundzüge des liberalistischen Rechts

[5]) Vgl. Lange, in „Deutsches Recht", 1934, S. 533; Mansfeld-Pohl, S. 115.

[6]) Vgl. Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 2, 4 und 5.

des Individualismus und Materialismus mußten vor allem ihren Ausdruck im Gebiete des bürgerlichen Rechts, des Rechts der Arbeit und der Wirtschaft finden, die ein weitgehendes Eigenleben führten. — In einer solchen Rechtsordnung waren solche Vorschriften, die nicht von vornherein in ihren einzelnen Auswirkungen berechenbar waren, also Vorschriften ethisch-sittlicher Art, wie „Treu und Glauben", „die guten Sitten" usw., wesensfremde Ausnahmen [7]). Sie wurden daher auch möglichst eingeschränkt. Im allgemeinen konnten eben deutschrechtliche Gedankengänge und Rechtsanschauungen, von wenigen Einzelerscheinungen — vgl. z. B. § 618 BGB — abgesehen, in diesem Rechtssystem des Liberalismus keinen Platz finden. Tatsächlich ist jedoch dann im Laufe der Zeit in Wissenschaft und Rechtsprechung gegen diese Ausgestaltung des Rechts angekämpft und versucht worden, gegenüber den Härten einer individualistischen Regelung wieder deutschrechtliche Gedanken zu verwirklichen [8]). — Der Nationalsozialismus geht nun vollends von dem Standpunkt aus, daß das Recht die Ordnung des Gemeinschaftslebens ist. Das Recht ist darum nur eine Unterart der sittlichen Lebensordnung [9]). Recht und Sittlichkeit berühren sich also — den alten deutschen Rechtsanschauungen entsprechend — weitgehend und sind von einander nicht zu trennen. Demzufolge ist es auch natürlich, daß wieder die deutschrechtlichen Gedanken, wie Treu und Glauben, Treueverbundenheit usw., die vor allem ethischer Natur sind, das Recht und die Rechtsnormen allgemein beherrschen, wenn auch nicht unberücksichtigt bleiben soll, daß teilweise schon bisher derartige Gedanken, wie sie z. B. in den §§ 157, 242 BGB enthalten sind, große Bedeutung erlangten. Sie verlangen nicht diese übertriebene Zergliederung, Aufteilung und Vorausberechenbarkeit des Umfanges der einzelnen Rechte und Pflichten, wie es das liberalistisch-römische Recht verlangt. Sie sind vielmehr Appell an den Einzelnen, sein Handeln jederzeit nach den sittlich-ethischen Grundsätzen der Ordnung der Gemeinschaft auszurichten. — Diese Auffassung kommt — wie gezeigt wurde — auch in dem Verhältnis der schuldrechtlichen und der ethisch-sittlichen Bestimmungen des Arbeitsvertrages zur Geltung. So treten daher die ethischen Forderungen der Treue und des Gehorsams, der Fürsorge und der Ausrichtung des persönlichen Verhaltens nach den Grundsätzen der sozialen Ehre neben die Arbeitspflicht und die Lohnzahlungspflicht und bestimmen deren Auslegung im Ganzen und im einzelnen Anwendungsfalle. Dadurch wird jetzt die Gewähr gegeben, daß der Arbeitsvertrag nicht mehr in das starre Schema des römisch-rechtlichen Dienstmietevertrages gepreßt werden kann,

---

[7]) Lange, a. a. O., S. 5.

[8]) Vgl. z. B. in gewissen Beziehungen die Rechtsprechung des RG, Bd. 106, S. 272 ff., RAG, Bd. 1, S. 331; 2, S. 68; 8, 244 u. v. a., vor allem zur Risikofrage. — Weiter: Kaskel-Dersch, S. 137 usw.; Potthoff, „Arbeitsrecht", 1922, S. 267, vor allem v. Gierke in vielen Schriften.

[9]) Lange, a. a. O., S. 7.

sondern daß er als Arbeitsvertrag der nationalsozialistischen Gemeinschaftsordnung jederzeit den Anforderungen, die im Arbeitsleben des Volkes an ihn gestellt werden, gerecht werden kann. Jede einzelne schuldrechtliche Pflicht, jedes geltendgemachte Recht oder jeder Anspruch ist in diesem Sinne an den ethisch-sittlichen Grundsätzen, die das ganze Arbeitsleben und die Gesinnung der Arbeitsmenschen erfüllen sollen, auszurichten und danach zur Anwendung zu bringen. Auf diese Weise erübrigen sich die Fragen, welchen Bestimmungen höherer Wert zukommt, in welchem Range die schuldrechtlichen zu den personenrechtlichen Pflichten und Rechten stehen und ob die einen die anderen in ihrer Bedeutung verdrängen. Sie gehören im Sinne der neuen Rechtsanschauung zusammen und erhalten ihre wirkliche Bedeutung gerade erst in ihrem Zusammenwirken.

B. Der Abschluß des Arbeitsvertrages.

Der Abschluß des Vertrages kommt durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Beteiligten zustande. Es handelt sich um einen privatrechtlichen Vertrag, somit ist es dem Willen der Beteiligten zu überlassen, ob sie den Vertrag schliessen wollen. Gerichtet ist der Wille der Beteiligten — zusammenfassend betrachtet — auf die Verpflichtung zur Leistung von Arbeit einerseits und zur Leistung von Entgelt andererseits. Dieser Wille der beiden Beteiligten des Arbeitsvertrages kann nicht außeracht gelassen werden. Diesen Willen äußern zu wollen, kann den Beteiligten nicht durch willkürliche Unterstellung einer Abmachung irgendwelcher unbestimmter Verpflichtungen abgesprochen werden. Im einzelnen wird allerdings praktisch der Inhalt bezüglich der Bedingungen, unter denen die Arbeitsleistung erfolgen soll, vor allem bezüglich der Lohnzahlungsbedingungen, meistenteils weitgehend durch Betriebsordnung, Tarifordnung und durch gesetzliche Bestimmungen, wie z. B. durch die Kündigungsschutzbestimmungen, die Arbeitszeitbestimmungen u. a., bereits festliegen, sodaß der Vertragsabschluß sich nur darauf bezieht, ob eben die beiden Vertragsbeteiligten mit diesen bereits gegebenen Bedingungen einverstanden sind und unter diesen Bedingungen abschließen wollen. Denn diese Bedingungen gelten zwingend für jeden Betriebsangehörigen. So besteht also der Vertragsabschluß heute meistenteils in einem Einverständnis mit den festliegenden Arbeitsbedingungen und der diesbezüglichen Erklärung durch die beiden Vertragsbeteiligten. Trotzdem aber werden auch heute verschiedene nicht derartig geregelte Gebiete übrig bleiben, die bei dem Abschluß des Vertrages zwischen den Vertragsparteien behandelt und über die ein Einverständnis durch eine Vereinbarung erzielt werden muß. Insbesondere ist in dieser Beziehung

die Einwirkung des Leistungsgrundsatzes zu beachten, wie denn überhaupt die Unabdingbarkeit der Normen einer Betriebs- oder Tarifordnung grundsätzlich nur nach unten gegeben ist, sodaß also im Einzelfalle über diese Bestimmungen hinausgehende, bessere Abmachungen jederzeit von den Vertragsbeteiligten vorgenommen werden können. —

Durch die Übereinstimmung der Willenserklärungen, die bei Schwerbeschädigten-Verträgen gemäß § 7 Schwerb.Ges. als fingiert anzusehen ist, d. h. also durch den eigentlichen Vertrag i. e. S. kommt dann das Dauervertragsverhältnis, der Arbeitsvertrag zustande. Auf Grund dieses Vertragsabschlusses tritt der Arbeiter in den Betrieb ein und damit in die Betriebsgemeinschaft und die Gefolgschaft — es wird also für ihn auch das Führer-Gefolgschaftsverhältnis hierdurch begründet —, sodaß nunmehr auch die Bestimmungen des AOG auf ihn Anwendung finden. Im übrigen aber begründet der Abschluß die einzelnen Rechte und Pflichten zwischen dem Unternehmer und dem einzelnen Beschäftigten. —

I. Die Formen des Abschlusses.

Bestimmte Regeln allgemeiner Art über die Form des Abschlusses des Arbeitsvertrages hat es in der bisherigen Rechtsordnung, abgesehen von Ausnahmefällen besonderer Vertragsarten, nicht gegeben. Er unterlag als bürgerlichrechtlicher Vertrag dem Grundsatz der Formlosigkeit, kam also regelmäßig durch formlose Willenserklärung beider Vertragsparteien zustande, die dementsprechend mündlich oder durch konkludente Handlung erfolgen konnte. — Es fragt sich, ob in dieser Beziehung in der neuen Rechtsordnung Änderungen eingetreten sind oder einzutreten haben. Wir haben ja festgestellt, daß der neue Arbeitsvertrag nicht mehr ein Vertrag des BGB ist, sondern ein Vertrag eigener Art, d. h. des Arbeitsrechts. Änderungen könnten sich also ergeben haben oder zu erfordern sein in der Richtung von Formerfordernissen für den Arbeitsvertrag. Bereits im bisherigen Recht gab es — wie bereits gesagt — verschiedene Ausnahmen von dem Grundsatz der Formlosigkeit. So konnten vor allem von den Beteiligten selbst Ausnahmen im Sinne von Formvorschriften vereinbart werden, deren Nichtbeachtung, z.B. Schriftlichkeit, im Zweifel Nichtigkeit des Vertrages hervorrief. Aber auch vom Gesetz waren teilweise Formvorschriften aufgestellt. Diese gesetzlichen Formvorschriften waren aber zu einem Teil weniger Abschlußnormen, die also die zivilrechtliche Gültigkeit des Vertrages beeinflussen konnten, als vielmehr Ordnungsvorschriften, die lediglich eine polizeiliche Überwachung gewisser Arbeitsverhältnisse aus öffentlichrechtlichen Gründen — insbesondere des Arbeiterschutzes — ermöglichen sollten [10]). Ihre Nichtbeachtung zog nicht Nichtigkeit nach sich, sondern nur strafrecht-

[10]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 163.

liche Folgen (sogen. unvollkommene Formvorschriften). Andererseits aber waren für bestimmte Vertragsarten Schriftformerfordernisse aufgestellt, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit des Vertrages nach sich zog (sogen. vollkommene Formvorschriften). Vor allem waren sie für landwirtschaftliche Arbeitnehmer in gewissen Fällen gegeben (Abschluß eines Arbeitsvertrages auf längere Zeit als 6 Monate) und hinsichtlich der Handlungsgehilfen für die Wirksamkeit eines Wettbewerbsverbotes (gemäß § 74 HGB). Schließlich gab es noch die Möglichkeit von halbstarken Formvorschriften für kaufmännische und gewerbliche Lehrlinge, die nur zur Vollwirksamkeit der betreffenden Lehrverträge einzuhalten waren [11]). — Diese Bestimmungen sind, da sie durch die neue Arbeitsordnung nicht berührt werden, auch heute noch in Geltung. —

Es fragt sich aber, ob nicht heute eine Änderung hinsichtlich der allgemeinen Formvorschriften derart eingetreten ist oder zu erfordern ist, daß heute allgemein Schriftlichkeit des Arbeitsvertrages zu verlangen wäre. Im Sinne der außerordentlichen Wichtigkeit und entsprechend dem Sicherheitsbedürfnis gerade dieses Vertrages würde vieles für die Schriftlichkeit sprechen, obwohl positive Hinweise in dieser Beziehung nicht vorhanden sind. Dem stehen aber gewichtige Bedenken praktischer Art entgegen. So werden gerade die Arbeitsbedingungen den jeweiligen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend sehr oft abgeändert — wenn auch oftmals nur in Kleinigkeiten —, wozu dem Führer des Betriebes durch seine Befugnis zur Änderung der Betriebsordnung weitgehend die Möglichkeit gegeben ist, ohne irgendwelchen stärkeren Beschränkungen hierbei zu unterliegen [12]). Es würde also, wollte man Schriftlichkeit erfordern, sehr oft und sehr viele nichtige Arbeitsverträge geben; denn einerseits werden ja durch die Änderung der Betriebsordnung auch ohne weiteres sämtliche dieser Betriebsordnung unterliegenden Arbeitsverträge geändert [13]), andererseits aber würde bei jedem Verstoß gegen die vorgeschriebene Form gemäß § 125, S. 1 BGB Nichtigkeit des Vertrages eintreten, da in der Praxis nicht bei jeder kleinen Änderung der Betriebsordnung ein neuer schriftlicher Vertrag, der diesen Änderungen entspricht, aufgestellt werden würde. Dieses Bedenken zwingt also zu einer grundsätzlichen Ablehnung der Schriftlichkeit des Vertrages hinsichtlich der Regelung aller einzelnen Rechte und Pflichten. —

Es wäre aber zu erörtern, ob nicht eine Schriftlichkeit in dem Sinne erfordert werden könnte, daß in einer Urkunde über den erfolgten Abschluß und das Bestehen des Vertrages zwischen die-

[11]) a. a. O., S. 164/5.

[12]) im Kleinbetrieb besteht diese Möglichkeit der einseitigen — indirekten — Änderung des Arbeitsvertrages jedoch nicht. Vgl. Dersch, in DAR, 1934, S. 177.

[13]) Durch eine Änderung der Betriebsordnung würden selbstverständlich auch entgegenstehende schriftliche Bestimmungen in einem Arbeitsvertrag aufgehoben werden.

sen beiden Beteiligten das Vorliegen eines Arbeitsvertrages kundbar gemacht wird, damit gleichzeitig eine schriftliche gegenseitige Verpflichtung zur Treue abgegeben wird. Weiter könnten in dieser Urkunde Rahmenbestimmungen allgemeiner Art enthalten sein, die für alle Einzelheiten und somit auch für gewisse Änderungen Raum lassen. — Man könnte jedoch auch andererseits den Weg gehen, die Schriftlichkeit grundsätzlich zu bejahen, dagegen gleichfalls zu bestimmen, daß eine durch Betriebsordnung, Tarifordnung oder gesetzliche Bestimmungen bedingte Änderung einzelner in diesem schriftlichen Vertrag festgelegter Bedingungen keine Nichtigkeit nach sich ziehen, sondern daß in diesem Falle der Vertrag an sich bestehen bleiben soll. Man würde in diesem Falle also von der Regelung des BGB hinsichtlich der Nichtigkeit von Verträgen abgehen. Das würde, da das BGB gerade bezüglich der Nichtigkeit einseitig nur die Willensherrschaft vertritt und den Standpunkt eines „Alles oder Nichts", durchaus im Sinne einer Rechtserneuerung liegen. Es müßte also in einem derartigen Falle der Änderung eines Arbeitsvertrages infolge der Abänderung der betr. Betriebsordnung nicht mehr von vornherein auf eine völlige Nichtigkeit abgestellt werden — so, daß auch teilweise Nichtigkeit im Zweifel zur Gesamtvernichtung führt (§ 139 BGB) —, sondern es würde die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages — wie es ja auch ohne Schriftlichkeit der Fall sein würde — anzunehmen sein. Eine solche Aufrechterhaltung würde nicht nur im Interesse der Gesamtheit liegen, sondern meistenteils auch im Interesse der Beteiligten [14]). So würde sich die Schriftlichkeit des Vertrages vor allem dahin auswirken, daß die beiden Vertragsbeteiligten an einer willkürlichen Änderung der vereinbarten Bedingungen gehindert werden; ein Verstoß gegen die vorgeschriebene Schriftlichkeit seitens der beiden Vertragsbeteiligten würde also auch weiterhin Nichtigkeit nach sich ziehen [15]), dagegen würde eine Änderung der schriftlich niedergelegten Arbeitsbedingungen durch Betriebsordnung oder Tarifordnung keine Nichtigkeit nach sich ziehen. —

Vorläufig besteht auch heute noch die Möglichkeit, daß die Beteiligten in einer Vereinbarung irgendein Formerfordernis aufstellen. Bei einer derartigen Vereinbarung wäre aber immer zu beachten, daß unter Umständen der Vertrag nichtig werden kann, da eben die Bestimmungen des BGB noch zu beachten sind. — Hinzuweisen ist noch darauf, daß als eine derartig vereinbarte Schriftlichkeit nicht die Aushändigung der Betriebsordnung an den Beschäftigten anzusehen ist. Denn diese enthält keinen Vertrag und ersetzt nicht den Abschluß des Vertrages, der also, wenn er nicht außerdem schriftlich abgefaßt wird, als formlos geschlossen zu betrachten ist [16]). —

[14]) Vgl. Lange, Liberalismus, S. 10.

[15]) Vgl. jedoch die Ausführungen Langes, a. a. O., über eine grundsätzliche Änderung dieser Bestimmungen des BGB. Siehe auch S. 16/7.

[16]) Vgl. Mansfeld-Pohl, S. 304.

II. Personen und persönliche Eigenschaften der Vertragschließenden.

Die Personen des Einzelarbeitsvertrages sind nicht in jeder Beziehung mit denen der Betriebsgemeinschaft identisch. Ohne Zweifel ist der eine Vertragsteil auch heute der Unternehmer als solcher, der Vertragsbeteiligter auch dann sein würde, wenn er nicht das Führeramt innehat. Denn die wirtschaftliche Stellung des Unternehmers sowie die aus seinen Beziehungen zu den sächlichen Produktionsmitteln und den vertraglichen Beziehungen zu den von ihm beschäftigten Arbeitern und Angestellten fließenden Rechte und Pflichten sind durch das Gesetz im großen ganzen nicht berührt [17]). Vielmehr wird der Arbeitsvertrag mit ihm als Unternehmer, nicht als Führer abgeschlossen. Im Grundsätzlichen ist also an den arbeitsvertraglichen Funktionen des Unternehmers nichts geändert [18]). Diese Rechtslage ändert sich auch dann nicht, wenn der Unternehmer nicht zugleich Führer ist oder sein Führeramt nicht ausübt. So muß er zwar, wenn er den Betrieb nicht selbst leitet, einen Stellvertreter bestellen, der in seinem Namen für ihn auftritt und ihn in allen seinen Führerfunktionen der Gefolgschaft gegenüber vertritt (§ 3, II AOG). Dadurch ändert sich aber nichts an seinen eigenen Unternehmerrechten und -pflichten [19]). Auf die Beauftragung eines Stellvertreters, die das Gesetz für derartige Fälle angeordnet hat, finden vielmehr die Grundsätze über die rechtsgeschäftliche Vertretung Anwendung, sodaß die wirkliche Entscheidungsbefugnis auch der Gefolgschaft gegenüber nach wie vor in allen betrieblichen Angelegenheiten der Unternehmer selbst hat [20]). Er bleibt auch ehrengerichtlich voll verantwortlich. Nur kann er z. B. nicht selbst die Betriebsordnung aufstellen, sie ist vielmehr von dem Stellvertreter — für ihn — zu erlassen und der Unternehmer ist an sie gebunden [21]). — Anders aber liegt äußerlich der Fall des § 3, Abs. III AOG. Denn hier klafft in der Tat Führertum und Unternehmerstellung auseinander [22]). Der Unternehmer bekommt hier die Führerrechte abgesprochen, wodurch also sehr wesentlich in die Rechtsstellung des Unternehmers eingegriffen wird. Aber auch hier — und das ist für die hier anzustellenden Erörterungen das Entscheidende — ändert sich nichts an seinen Eigentumsverhältnissen hinsichtlich der sächlichen Betriebsmittel. Dementsprechend bleibt er auch hier Vertragsbeteiligter des Einzelarbeitsvertrages [23]). Setzt jedoch der Führer des Betriebes z. B. in der Betriebsordnung einen höheren Lohn fest, als der Unternehmer zahlen will, so ist der Unternehmer an diesen höheren Lohn gebunden und muß diesen Lohn zahlen; er kann also nicht im Einzelarbeitsvertrag andere

[17]) Vgl. hierzu: Dersch, AOG, S. 169.
[18]) Mansfeld-Pohl, S. 77.
[19]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 23.
[20]) Mansfeld-Pohl, S. 78.
[21]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 22.
[22]) Mansfeld-Pohl, S. 80.
[23]) Dersch, AOG, S. 39.

Löhne oder sonstige Bedingungen als in der Betriebsordnung vereinbaren. Mansfeld-Pohl weisen in diesem Zusammenhange daraufhin, daß das AOG selbst diesen Unterschied klar herausstellt. So spreche das Gesetz z. B. in seinem ersten Abschnitt, in dem die Willensäußerungen der Gefolgschaft gegenüber und die betriebliche Gemeinschaftsarbeit behandelt werden, vom Führer des Betriebes. In anderen Fällen aber, z. B. im § 20, bei der Entlassungsanzeige, oder im § 57, bei dem Wahlrecht im Kündigungswiderrufsverfahren spreche es dem Unternehmer als solchem Rechte und Pflichten zu. In diesen Fällen handelt eben der Unternehmer nicht als Führer des Betriebes, sondern nur in seiner Eigenschaft als für den Betrieb auch dem Staate gegenüber verantwortlicher Unternehmer [24]) oder Vertragsbeteiligter aus dem Einzelarbeitsvertrag [25]). Für diese Fälle bestand aber kein Anlaß zur Übertragung der Rechte und Pflichten an den Führer des Betriebes, der als solcher ja nur der Gefolgschaft gegenüber auftritt. Die einzelarbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten fließen also auch heute allein aus der Unternehmerstellung.

Das Wort „Unternehmer" besagt im übrigen begrifflich dasselbe, wie der aus dem rein schuldrechtlichen Dienstvertrag abgeleitete Begriff des „Arbeitsgebers", als des Dienstberechtigten, der den Beschäftigten Arbeit gibt [26]). Der Begriff des Unternehmers wird so aus dem des Unternehmens abgeleitet. Gegenüber dem Betrieb, der die technische und organisatorische Seite der Vereinigung von persönlichen, sachlichen und immateriellen Mitteln zur Verfolgung eines gesetzten Zieles bezeichnet, bedeutet das Unternehmen die rein wirtschaftliche Seite [27]). Unternehmer ist demnach derjenige, der dem Unternehmen den Zweck setzt oder dessen Wille für die Zusammenfassung der genannten Mittel zu einem einheitlichen Zwecke maßgebend ist, der also das Unternehmen leitet (führt). Er ist die autoritative Spitze des ganzen Unternehmens [28]). Während nun durch das AOG für die technische und organisatorische Seite, d. h. den Betrieb das Führeramt geschaffen ist, bleibt für die wirtschaftliche Seite, das Unternehmen als solches der Unternehmer die oberste Spitze. Entscheidend für die Unternehmerfunktion ist dabei die Beherrschung des Betriebes als Teils des Unternehmens dadurch, daß der Wille des Unternehmers für die Geschäftsführung immer maßgebend bleibt [29]). Da der Arbeitsvertrag sich in dieser Hinsicht aber auf den wirtschaftlichen Teil bezieht, also auf das Unternehmen als solches, ist der Unternehmer in jedem Fall Beteiligter des Arbeitsvertrages, auch wenn der einzelne Beschäftigte organisatorisch im Betrieb mit den anderen Beschäftigten zur Betriebsge-

---

[24]) Vgl. Dersch, AOG, S. 22.
[25]) Mansfeld-Pohl, S. 82.
[26]) dies., S. 83.
[27]) Jacobi, Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe, S. 36.
[28]) Mansfeld-Pohl, S. 83.
[29]) Mansfeld-Pohl, S. 84.

meinschaft zusammengefaßt ist, die nicht vom Unternehmer, sondern vom Führer des Betriebes geleitet wird. Regelmäßig wird allerdings — wie vom AOG beabsichtigt — der Unternehmer auch in seiner betrieblichen Rechtsstellung als Führer des Betriebes selbst auftreten. Insofern bildet das AOG mit ihm in seiner betrieblichen Führerstellung — nur auf der technisch-organisatorischen Seite des Unternehmens baut das AOG seine Ordnung auf — die Betriebsgemeinschaft. Auch durch diese Unterscheidung der Begriffe Betrieb und Unternehmen und die Abgrenzung der Begriffe Unternehmer und Betriebsführer wird klar, daß durch die Regelung des AOG, die die Verfassung des Arbeitslebens gibt, nicht die wirtschaftliche Seite des Arbeitslebens geregelt werden sollte. Der Arbeitsvertrag aber gehört, als dem materiellrechtlichen Arbeitsrecht zugehörend, auf die wirtschaftliche Seite des Unternehmens. —

Vertragspartner des Unternehmers ist der Beschäftigte. Es fragt sich, wie der Begriff „Beschäftigter", den das AOG für den Ausdruck „Dienstverpflichteter" des BGB in das Arbeitsleben eingeführt hat, aufzufassen ist. Das bisherige Recht sprach also, wie gesagt, vom „Dienstverpflichteten" oder „Arbeitnehmer" als Beteiligten des Arbeitsvertrages. Wer aber Arbeitnehmer oder Dienstverpflichteter war, für wen also der Arbeitsvertrag in Frage kommen sollte, ist — wie oben im 1. Teil, I. 3 gezeigt worden ist — weder im Gesetz selbst klar aufgezeigt worden, noch ist es in der Wissenschaft und Rechtsprechung hier zu einer völlig eindeutigen und vor allem einheitlichen Meinung gekommen; im Gegenteil standen sich oft die verschiedensten Meinungen gegenüber, die den Begriff Arbeitnehmer mehr oder weniger weit ausgedehnt wissen wollten und die verschiedensten Merkmale aufstellten, von denen das Vorliegen des Begriffes „Arbeitnehmer" abhängig gemacht wurde.

Das AOG spricht nun davon, daß zur Gefolgschaft des Betriebes alle Angestellten und Arbeiter gehören. Dementsprechend gehören zur Betriebsgemeinschaft und zur Gefolgschaft auch alle höheren Angestellten in leitender Stellung, die nicht selbst Unternehmer sind. Das AOG umfaßt in seiner Regelung also offenbar weitere Personenkreise, als der Arbeitsvertrag, und zwar auch dann, wenn man den Personenkreis des Arbeitsvertrages aus praktischen Gründen — wie oben geschehen [30]) — an sich bereits sehr weit zieht. Aber es fragt sich, ob der Personenkreis des Arbeitsvertrages heute soweit zu ziehen ist, daß er auch die Beziehungen der höheren leitenden Angestellten zu regeln und damit unter einen erhöhten sozialen Schutz zu stellen hat, die eines derartigen Schutzes gar nicht bedürfen. — Es ist daher festzustellen, daß zu den Beteiligten des Arbeitsvertrages von den Beschäftigten des AOG in erster Linie die Gruppe der „Arbeiter" zu rechnen ist. Wenn aber weiter das AOG von der Gruppe der

[30]) siehe 1. Teil, I, 3.

„Angestellten" spricht, so braucht zwar eine Unterscheidung und Abgrenzung innerhalb dieser Gruppe in bezug auf die Zugehörigkeit zur Gefolgschaft nicht erfordert zu werden, da — wie gesagt — auch die höheren Angestellten zur Gefolgschaft rechnen. Denn als Gefolgsmann ist nach dem AOG der anzusehen, der sich dem Unternehmer gegenüber zu Dienst- oder Arbeitsleistungen irgendwelcher Art, d. h. gleich, ob höherer oder niederer Art, gleich, ob Hand- oder Kopfarbeit, verpflichtet hat und mit dieser Verpflichtung seinen Eintritt in die Gefolgschaft begründet hat [31]). Für den Arbeitsvertrag ist aber — de lege ferenda — eine Einschränkung dieser umfassenden Begriffsbestimmung im Sinne einer Unterscheidung zwischen Angestellten in leitender Stellung und kleinen Angestellten in der bereits oben, 1. Teil, I, 3, angedeuteten Weise angebracht. Als Beschäftigter im Sinne des Arbeitsvertragsbeteiligten wäre somit nur der anzusehen, der vor allem in einer durch seine wirtschaftliche und soziale Stellung begründeten, sehr erweiterten persönlichen und darüber hinaus wirtschaftlichen Abhängigkeit zum Unternehmer steht, für den dieser Arbeitsvertrag also die Quelle seines Lebensunterhaltes ist und der sich diesen seinen Lebensunterhalt vorwiegend durch körperliche oder doch mehr oder weniger technische und mechanische Arbeit verdient [32]). Der kleine Büroangestellte ist demnach also z. B. zu den Beteiligten des Arbeitsvertragsrechts zu zählen, sodaß neben dem Arbeiter der Faust der seiner ganzen sozialen Lage nach ihm gleichzustellende kleine kaufmännische oder gewerbliche Angestellte als Beteiligter des Arbeitsvertrages in der neuen Arbeitsordnung anzusehen ist [33]) [34]). — Wenn aber in gewisser Weise auch der leitende Angestellte Weisungen des Unternehmers nachzukommen hat, so bestimmen doch die aus dem zu Grunde liegenden Vertrag fließenden Weisungsbefugnisse des Unternehmers den Grad der dadurch hervorgerufenen Unselbständigkeit, die das Wesensmerkmal des abhängigen Arbeitsvertrages ausmacht. Und diese Weisungsbefugnisse sind unverhältnismäßig umfangreicher und bedeutender gegenüber dem Beteiligten des Arbeitsvertrages, d. h. dem Arbeiter oder kleinen Angestellten, als gegenüber dem leitenden Angestellten, dem der Unternehmer weitgehende Befugnisse gegenüber den Beschäftigten delegiert hat und denen unter Umständen sogar das Recht zusteht, Arbeiter und Angestellte anzustellen.

Somit ergeben sich grundsätzlich folgende Merkmale, die gegeben sein müssen, wenn es sich um einen Beteiligten eines Arbeitsvertrags handeln soll. (Andernfalls würde es sich um einen leitenden Angestellten handeln, für den der Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts gelten wüde [35]), oder aber um einen selbstän-

[31]) Mansfeld-Pohl, S. 85.
[32]) Vgl. Dersch, in AOG, S. 28.
[33]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 13, 470; Mansfeld-Pohl, S. 87.
[34]) Es wäre für die Zukunft vielleicht eine Trennung in einen „Arbeitsvertrag" und einen „Angestelltenvertrag" zu erwägen.
[35]) vgl. oben S. 15.

dig Tätigen, der entweder auf Grund eines Werkvertrages, Gesellschaftsvertrages, aber auch Pachtvertrages oder eines ähnlichen Vertragsverhältnisses Arbeit leistet.) Es muß verlangt werden, daß „Arbeit" geleistet wird[36]). Auf die Art der Arbeit kommt es hierbei insoweit nicht an, als es sich um ausgesprochene Handarbeit oder aber auch Kopfarbeit (in bezug auf die kleinen Angestellten), und zwar hierbei vorwiegend mechanische Kopfarbeit handeln kann. Es kann gewerbliche, kaufmännische, landwirtschaftliche Arbeit, Büroarbeit und weitere derartige Arbeit sein. Soweit es sich bei der Art jedoch um höhere oder niedere Arbeit handelt, ist zu beachten, daß auf den Grad der vorwiegend — geistigen — leitenden Tätigkeit die Unterscheidung zwischen den kleinen und den leitenden Angestellten abzustellen ist[37]). — Der Zweck der Arbeit ist ohne Bedeutung. Es kommt eben nur auf die Arbeitsleistung an sich an, während beim Werkvertrag ein besonderer Zweck erreicht werden soll, ein bestimmtes Werk als Arbeitserfolg Gegenstand des Werkvertrages ist[38]). Es wird in dieser Beziehung jedoch manches Mal eine genaue Prüfung erforderlich sein, ob nicht zum Schein die Form eines Werkvertrages zur Verschleierung eines Dienstvertrags gewählt ist[39]). — Weiter muß auch heute erfordert werden, daß der Arbeitsvertrag bzw. das Arbeitsverhältnis auf freier Willensentschließung des Beschäftigten beruht. Keine Beschäftigungseigenschaft liegt also bei unfreiwilliger Arbeit vor[40]). Keine Beschäftigteneigenschaft liegt auch bei den Arbeiten auf Grund eines Familienverhältnisses vor (§§ 1356 und 1617 BGB)[41]). — Als Hauptmerkmal ist dann zu verlangen, daß der Beschäftigte persönlich abhängig (unselbständig) ist. Er muß also in weitgehendem Maße bezüglich der Ausführung der Arbeit den Anweisungen des Unternehmers unterliegen (dem sogen. Direktionsrecht). Auch hier wird oftmals nicht nach äußeren Merkmalen zu gehen sein, sondern die Gesamtheit der Umstände des Einzelfalles wird entscheiden, ob diese Beschränkung der persönlichen Selbständigkeit vorliegt[42]), dementsprechend also der Betreffende als Beschäftigter im Sinne des Arbeitsvertragsrechts anzusehen ist. Wenn eine derartig weitgehende Unterordnung unter die Weisungsbefugnisse des Unternehmers vorhanden ist und sie in Erfüllung einer vertraglich auf sich genommenen Verpflichtung geschieht[43]), so ist immer zu schließen, daß ein Arbeitsvertrag vorliegt. Das ist von Bedeutung für den Fall, daß äußerlich ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen sein kann

[36]) Auch vereinbarte Arbeitsbereitschaft genügt. Vgl. Hueck-Nipperdey, S. 34.
[37]) Vgl. Dersch-Volkmar, AGG, S. 126 und 136; RAG in Bensh. Samml., Bd. 15, 273.
[38]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 7, 300; 10, 419; 13, 470.
[39]) Dersch-Volkmar, AGG, S. 126; RAG, Bensh. Samml., 15, 125.
[40]) Vgl. Dersch, Komm. zum AVG, zu § 1, Anm. 15 e.
[41]) Vgl. aber RAG in Bensh. S., Bd. 8, 45; 13, 468; 15, 362.
[42]) Vgl. RAG, Bensh. Samml., Bd. 4, 255.
[43]) Mansfeld-Pohl, S. 89; vgl. RAG, Bensh. Samml., Bd. 13, S. 480.

(oder auch ein Pachtvertrag) [44]), der aber nur der Umgehung und Verschleierung eines tatsächlich vorliegenden Arbeitsvertrags dienen soll [45]). — Auch eine (sogar hohe) Beteiligung am Gewinn des Unternehmens begründet noch nicht für sich allein Selbständigkeit im Sinne einer Beteiligung als Gesellschafter. Es kann also auch in einem derartigen Falle noch die Beschäftigteneigenschaft im Sinne des Arbeitsvertragsrechts bejaht werden [46]). — Schließlich ist noch zu erfordern, was mit dem eben besprochenen Merkmal zusammenhängt, daß die Arbeit für Rechnung eines anderen geleistet wird. So sind z. B. die sogenannten Kleinakkordanten, — Personen, die im Akkord eine Arbeit übernehmen und die Hilfskräfte selbst stellen und entlohnen — wie z. B. Ziegelmeister, auch beim Vorhandensein einer nur abgeschwächten persönlichen Abhängigkeit als Beschäftigte anzusehen, wenn sie selbst kein Unternehmerrisiko tragen [47]). — Sogenannte arbeitnehmerähnliche Personen, wie z. B. die Hausgewerbetreibenden und Heimarbeiter sind jedoch keine Beschäftigten im Sinne des Arbeitsvertragsrechts [48]). — Zu erwähnen ist noch, was bereits früher gesagt ist, daß die Zwangsverträge der Schwerbeschädigten gemäß § 7 Schwerb.Ges., bei denen der Vertrag als freiwillig abgeschlossen fingiert wird, wirkliche Arbeitsverträge sind; die von ihnen erfaßten Personen sind also Beschäftigte im Sinne der Beteiligten des Arbeitsvertragsrechts. —

Somit sind die Personen des Arbeitsvertrags bestimmt. Die im bisherigen Recht hinsichtlich der Arbeitsverträge besonderer Gruppen von Arbeitnehmern, so z. B. der Minderjährigen als beschränkt Geschäftsfähigen und der Frauen aufgestellten Sondervorschriften sind auch heute noch in Kraft. Auch die von diesen Sondervorschriften betroffenen Personen sind „Beschäftigte" im Sinne unserer Begriffsbestimmung. Ebenso ist es bezüglich der Vorschriften, die dem Unternehmer eine Beschränkung hinsichtlich der Auswahl der Beschäftigten — entweder in der Form eines Beschäftigungsverbotes oder in der eines Beschäftigungszwanges — auferlegen.

C. Der Inhalt des Vertrages.

Der Inhalt des Arbeitsvertrages besteht seinem Wesen als gegenseitigem Vertrag entsprechend aus Rechten und Pflichten

[44]) Vgl. RAG Bensh. Samml., Bd. 13, S. 602.

[45]) Vgl. RAG Bensh. Samml., Bd. 10, S. 202; Dersch-Volkmar, S. 126/7; vgl. auch Dersch, in DAR, 1934, S. 195.

[46]) Dersch-Volkmar, S. 127/128; RAG in Bensh. Samml., Bd. 4, 144; auch Bd. 20, 183.

[47]) Vgl. Dersch-Volkmar, S. 133; Dersch, Komm. zum AVG, S. 199; Kaskel-Dersch, S. 24: RAG in Bensh. Samml., Bd. 4, 164; 7, 299; 11, 398.

[48]) Vgl. über diese: Dersch-Volkmar, S. 138 ff. und das dort angegebene Schrifttum. Vgl. über den Arbeitnehmerbegriff noch RAG in Bensh. Samml., Bd. 4, 143; 5, 486.

beider Vertragsbeteiligten. Den Pflichten auf der einen Seite entsprechen Rechte auf der anderen Seite, aus denen die einzelnen Ansprüche herzuleiten sind. Die Betonung liegt aber hierbei nicht auf den Rechten des Einzelnen, sondern, der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechend, auf den Pflichten [49]). Auch der Arbeitsvertrag ist also heute ein ausgesprochenes Pflichtenverhältnis. Der Inhalt des Vertrages soll daher hier von der Seite der den Beteiligten entstehenden Pflichten aus dargelegt werden.

I. Gestaltung des Inhalts durch Betriebsordnung und Tarifordnung und der Einfluß der Treuhänderrichtlinien.

Abgesehen von den gesetzlichen Bestimmungen, die den Inhalt des Einzelarbeitsvertrages in weitem Maße von vornherein festlegen, und durch die zum Ausdruck kommt, daß der Arbeitsvertrag nicht mehr unter dem Grundsatz der Vertragsfreiheit steht, sondern unter dem besonderen Schutze des Staates, wird der Inhalt des Arbeitsvertrages aber auch durch die Bestimmungen einer Betriebsordnung oder auch einer Tarifordnung des Treuhänders gestaltet. Auch im bisherigen Recht war die Festlegung des Inhalts des Arbeitsvertrages in großem Umfange den beiden Einzelarbeitsvertragsparteien entzogen, da in immer steigendem Maße die Arbeitsbedingungen durch die Berufsvereinigungen in kollektiven Vereinbarungen, den Tarifverträgen, aufgestellt wurden, die in bestimmten Fällen sogar von Staats wegen für allgemein verbindlich erklärt werden konnten. Für Einzelabmachungen blieb daher in den meisten Fällen sehr wenig Raum. Heute sind für die Aufstellung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, die den Inhalt des Arbeitsvertrages zur Hauptsache ausmachen, durch das AOG an erster Stelle die Betriebsordnung und als Ausnahme in zweiter Linie die Tarifordnung als Ausnahme gegeben [50]). Außerdem ist dem Treuhänder die Möglichkeit gegeben, Richtlinien für die Arbeitsbedingungen der Einzelarbeitsverträge aufzustellen. Was die Betriebsordnung anbetrifft, gibt das Führeramt dem Unternehmer Entscheidungsbefugnis gegenüber der Gefolgschaft in allen betrieblichen Angelegenheiten. Als solche nennt das AOG selbst bestimmte Punkte, über die eine Regelung in der Betriebsordnung enthalten sein m u ß. Darüber hinaus aber ist dem Führer des Betriebes die Möglichkeit gegeben, von sich aus auch alle allgemeinen Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung aufzustellen, so z. B. Bestimmungen zu treffen über die Höhe des Lohnes, über Urlaubsgewährung usw. Auf diese Weise kann also der Unternehmer als Führer den Inhalt des Arbeitsvertrages durch Festsetzung der Arbeitsbedingungen in der Betriebsordnung inhaltlich entscheidend gestalten [51]). Eine Einschränkung fin-

[49]) vgl. Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 34.
[50]) vgl. Dersch, AOG, S. 17.
[51]) Das bedeutet allerdings immerhin noch nicht, daß er einseitig den Arbeitsvertrag aufstellen kann (Dersch, S. 13).

det diese Möglichkeit der Festsetzung von Arbeitsbedingungen und damit der Inhaltsbestimmung der Einzelarbeitsverträge dadurch, daß der Erlaß der Betriebsordnung nur für Betriebe mit in der Regel mindestens 20 Arbeitern und Angestellten vorgeschrieben ist (§ 26 AOG), also auch nur für diese die bestimmten rechtssatzmäßigen Wirkungen äußern kann. Falls also in der Betriebsordnung derartige Bestimmungen über die allgemeinen Arbeitsbedingungen getroffen sind, gestalten sie ohne weiteres als zwingende Mindestbedingungen den Inhalt der Einzelarbeitsverträge des betreffenden Betriebes, und zwar auch dann, wenn der in den Betrieb Eintretende diese Bestimmungen nicht kennt[52]). D. h. entgegenstehende Vereinbarungen zuungunsten des Beschäftigten in diesen wären nichtig. Somit hat also die Betriebsordnung die rechtliche Wirkung der sogenannten Unabdingbarkeit[53]), die früher nur der Tarifvertrag besaß. Die Unabdingbarkeit bezieht sich aber nur auf die aufgestellten Vorschriften als Mindestbedingungen. Für den Arbeiter bessere und günstigere Bedingungen können also, dem nationalsozialistischen Leistungsgrundsatz entsprechend, in den Einzelarbeitsverträgen ohne weiteres vereinbart werden. — Im Bedarfsfalle, d. h. wenn überbetriebliche, also für Gruppen von Betrieben geltende Regelungen der Arbeitsbedingungen zwingend geboten sind, kann auch der Treuhänder der Arbeit, in dem sich „der Wille und die Autorität des Staates als Hüter und oberster bestimmender Wille über der Regelung der Arbeitsverfassung verkörpert“[54]), Tarifordnungen aufstellen — d. h. einseitig erlassen, — in denen zwingende Mindestbedingungen für die allgemeinen Arbeitsbedingungen enthalten sind. Auch in einem solchen Falle würden „gegenteilige Abmachungen von Einzelarbeitsverträgen zuungunsten des Beschäftigten, aber auch gegenteilige verschlechternde Bestimmungen der Betriebsordnungen, nichtig“ sein. Auch die Tarifordnungen sind also unabdingbar. Aber andererseits müssen auch die Tarifordnungen, wenn sie z. B. das Arbeitsentgelt regeln, nach dem nationalsozialistischen Leistungsgrundsatz Raum für Anerkennung besonderer Leistungen oberhalb der Mindestbedingungen gewähren[55]).

Außerdem kann der Treuhänder schließlich noch „Richtlinien“ für die Arbeitsbedingungen in Einzelarbeitsverträgen aufstellen[56]), die an sich zwar nicht den Charakter der Unabdingbarkeit haben, die aber doch eben die Grundsätze aufstellen, nach denen die Arbeitsverträge, wenn sie den Anforderungen des nationalsozialistischen Staates entsprechen sollen, auszurichten sind[57]). Diese Möglichkeit ist von besonderer Bedeutung für die Klein-

[52]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 32.
[53]) Dersch, S. 14.
[54]) Dersch, S. 16.
[55]) Dersch, S. 17.
[56]) § 32.
[57]) Dersch, S. 55.

betriebe, in denen nach den Bestimmungen des AOG eine Betriebsordnung mit unabdingbaren, rechtssatzmäßigen Arbeitsbedingungsnormen nicht aufgestellt werden kann. Im Kleinbetrieb ist also nicht die Möglichkeit gegeben, den Inhalt des Arbeitsvertrages praktisch einseitig durch den Unternehmer als Führer zu bestimmen, wie auch ebenso der Arbeitsvertrag nicht einseitig wie im Großbetrieb durch Neuaufstellung oder Abänderung der Betriebsordnung geändert werden kann. Wenn jedoch Richtlinien des Treuhänders aufgestellt sind, so hat auch im Kleinbetrieb der Führer des Betriebes die Entscheidungsbefugnis innerhalb des Rahmens dieser Richtlinien [58]). —

Im Rahmen der durch Betriebsordnung, Tarifordnung und Richtlinien — selbstverständlich der gesetzlichen Bestimmungen — gegebenen Möglichkeiten können die Einzelarbeitsvertragparteien den Inhalt des Vertrages unter sich vereinbaren, jedoch auch hierbei in Gebundenheit an die Grundsätze der nationalsozialistischen Sozialordnung. Und dieser Möglichkeit ist im Hinblick auf die weitgehende Berücksichtigung des Leistungsprinzips, die nur im Einzelfalle erfolgen kann, d. h. im Arbeitsvertrage, nicht zu geringes Gewicht beizulegen. —

II. Die einzelnen Pflichten des Beschäftigten.

Dem Beschäftigten erwachsen aus dem Arbeitsvertrage drei Gruppen von Pflichten. Er hat zuerst die Pflicht, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Dann liegen ihm eine Reihe schuldrechtlicher und personenrechtlich beeinflußter schuldrechtlicher Pflichten ob, die sich aus dem Anweisungsrecht, dem Direktionsrecht des Unternehmers ergeben — es handelt sich besonders um die Gehorsamspflicht —, außerdem aber ist dem Arbeiter die Treupflicht auferlegt, die weniger rechtlichen als ethischen Charakters ist, immerhin aber dem Arbeitsvertrag den hervorragenden personenrechtlichen Einschlag gibt.

1. Beherrschender ethischer Grundsatz: Die Treuepflicht.

Der Nationalsozialismus sieht das Recht nicht als für sich bestehendes, nach außen abgeschlossenes Lebensgebiet an, vielmehr sieht er auch dieses nur im Zusammenhang mit allen anderen Grundlagen des Staates und Volkes an. Er beseitigt so vor allem den vom Liberalismus betonten Standpunkt, daß Recht und Sittlichkeit einander nicht zu decken brauchen [59]). Er verbindet wieder beide und läßt das Recht wieder stark von den ethischen und sittlichen Anschauungen des Volkes beeinflussen. In diesem Sinne ist auch die Treuepflicht des Beschäftigten zu verstehen. Sie ist

[58]) vgl. aber die Ansicht Hubers, in JW 1934, S. 1018, s. ob. S. 130.
[59]) So: Lange, „Liberalismus", S. 5.

an sich rein ethisch-sittlichen Herkommens. Aber sie tritt jetzt als Rechtspflicht auf und zwar innerhalb der bisher ein abgeschlossenes Eigenleben aufweisenden Wirtschaft. Die Treuepflicht dient daher im hervorragenden Maße der Durchsetzung und Erhaltung der neuen Wirtschafts- und Arbeitsgesinnung. Vom ethischen Standpunkt aus werden dem Arbeiter seine Pflichten gezeigt, an ethischen und sittlichen Grundsätzen des Nationalsozialismus soll er seine Haltung, seine Pflichten aus dem Vertrage ausrichten. Sie soll ihm im einzelnen Falle immer vor Augen halten, wie er sich zu verhalten hat, um dem Unternehmer gegenüber, der ihm Arbeit und Brot gibt, dem er durch seinen Vertrag sich verbunden hat, der aber auch meistenteils in der Betriebsgemeinschaft mit ihm zusammen gemeinsame Arbeit zum Wohl des Betriebes, des Staates und Volkes leistet, in jeder Weise und jeder Beziehung seine Pflichten erfüllen zu können. In diesem Sinne liegen ihm daher Pflichten aus seinem Vertrage insoweit und in dem Maße ob, auch wenn sie im einzelnen im Vertrage nicht aufgezählt und festgelegt sind, als ihm die Treuepflicht sie gebietet. Sie umfaßt daher eine Unzahl unbestimmter Pflichten, und zwar Rechtspflichten. Sie schlingt ein persönliches Band zwischen den beiden Vertragsgenossen und stellt ein persönliches Verhältnis her, das eben des besonderen eigenartigen Wesens dieser Vertragsart wegen weit über die an sich bei schuldrechtlichen Verträgen übliche Bindung der Vertragsparteien hinaus geht.

Sie wird noch bestärkt durch die mit ihr in Verbindung stehende Pflicht zu sozial ehrenhaftem Verhalten bei der Erfüllung aller Pflichten aus dem Vertrage. Insofern gewinnt die Treuepflicht den Charakter einer personenrechtlichen Pflicht und der Arbeitsvertrag einen starken personenrechtlichen Einschlag, der bereits in den Dienst- bzw. Arbeitsverträgen des alten deutschen Rechts wesentlicher Bestandteil dieser Verträge und geradezu typisch für die ganze deutschrechtliche Rechtsanschauung vom Wesen des Arbeitsvertrages war. Diese durch den Nationalsozialismus wieder in das Arbeitsleben eingeführte Treuepflicht ist also nicht etwa mit der auch im § 242 BGB enthaltenen schuldrechtlichen Verpflichtung, sein vertragliches Handeln nach Treu und Glauben auszurichten, identisch, sondern geht weit über den Rahmen des § 242 hinaus. Im einzelnen äußert sie sich zwar in ähnlicher Weise, wie sich die Verpflichtung des § 242 BGB äußert, so z. B. in der Verpflichtung zur Wahrung des wirtschaftlichen Vorteils des Unternehmers, weiter in der Pflicht zur Unterlassung dem Unternehmer nachteiliger, wirtschaftlich schädigender Handlungen (Kreditgefährdung usw.), wie auch in der Verpflichtung zur Verhinderung derartiger schädigender Handlungen durch Arbeitskameraden usw. Außerdem äußert sie sich auch in der Pflicht zu achtungsvollem und anständigem Verhalten, vor allem gegenüber dem Unternehmer, darüber hinaus aber überhaupt im Betrieb, also auch den Mitarbeitern gegenüber, und in bestimmten

Fällen auch im außerbetrieblichen Leben. Insbesondere aber beeinflußt die Treuepflicht die an den Arbeiter zu stellenden Anforderungen hinsichtlich seiner Arbeitsleistung. Er hat sich im Sinne der Treueverbundenheit mit seiner ganzen Kraft einzusetzen für die Interessen des Betriebes. Im Notfalle hat er auch einmal über die vorgesehene Dauer der Arbeitszeit hinaus sich zur Verfügung zu stellen und seine Arbeit weiter zu leisten. Ebenso hat er diesem Grundsatz entsprechend im Notfalle auch einmal an anderer Stelle im Betriebe einzugreifen und Arbeit zu verrichten, die im Vertrage nicht direkt vorgesehen war [60]). Im Sinne der Bestimmungen des AOG würde ein Verstoß in dieser Hinsicht, d. h. die Nichterfüllung der Treuepflicht, als ein sozial ehrenwidriges Verhalten anzusehen sein, hier abgesehen von der Frage, wieweit es bereits heute ehrengerichtlich zu verfolgen wäre [61]). — Abgesehen von den Fällen, in denen dem Unternehmer die Möglichkeit gegeben ist, wegen Verletzung der Treuepflicht sogar auf Erfüllung im ordentlichen Verfahren klagen zu können, wie z. B. bei irgendwelchen schädigenden Handlungen, bei Konkurrenz und Wettbewerb (Erzwingung einer Unterlassung durch die prozessualen Maßnahmen, die die ZPO gestattet — z. B. Zwangsmittel gemäß § 890) [62]), oder auch auf Schadensersatz und auf Lösung des Arbeitsverhältnisses, ist bereits heute in besonders schwerwiegenden Fällen der Treueverletzung das ehrengerichtliche Verfahren vor dem sozialen Ehrengericht gegeben [63]), das im schwersten Falle auf Entfernung aus der Arbeitsstelle erkennen kann. — Wir sehen also, daß die neue Arbeitsverfassung die Treuepflicht nicht nur als unbestimmten bedeutungslosen Begriff verstanden wissen will, sondern sie als Richtlinie für das gesamte Verhalten des Beschäftigten und für die Erfüllung aller seiner einzelnen Pflichten aufgezeigt hat. In diesem Sinne kommt der Treuepflicht als Rechtspflicht innerhalb der neuen Arbeitsordnung und des Arbeitsvertrages bestimmende und beherrschende Bedeutung zu. —

2. Die Arbeitspflicht.

Trotz der umfassenden Bedeutung der Treuepflicht ist nicht damit ausgesprochen, daß sie die Arbeitspflicht verdrängt und daß der ganze Vertrag nur auf diese Treuepflicht abgestellt ist. Vielmehr ist die Pflicht zur Arbeitsleistung die bestimmte, feststehende Hauptpflicht des Beschäftigten. Wenn heute immer wieder in der Literatur erklärt wird [64]), die Hauptpflicht des Vertrages sei nicht die Arbeitspflicht, sondern die Treuepflicht, im

[60]) Vgl. Dersch, in AOG, S. 11.

[61]) Verstoß gegen die Treuepflicht u. U. ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung. Vgl. Danielcik, Der Treuegedanke im Arbeitsrecht", in „Der Deutsche", Nr. 7 vom 10. Jan. 1934.

[62]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 175.

[63]) Vgl. §§ 35 und 36 AOG.

[64]) Vgl. z. B. Denecke, a. a. O., S. 222; Weigelt, a. a. O., S. 8; u. a.

neuen nationalsozialistischen Recht dürfe nicht die Arbeitspflicht die Hauptpflicht des Vertrages sein, weil diese Überbetonung der rein materiellen Arbeitsleistung, wie auf der anderen Seite der Lohnzahlung, materialistischen und liberalistischen Gedankengängen entspräche, so kann diese Anschauung nicht geteilt werden. Sie hat auch keinen Anhaltspunkt in den Grundsätzen der nationalsozialistischen Weltanschauung. Es entspricht nicht den Anschauungen des Nationalsozialismus, daß die Arbeit und die Arbeitsleistung in irgendeiner Weise entwertet werden. Wenn im früheren Recht die Arbeit und die Leistung von Arbeit, der römischrechtlichen Auffassung entsprechend, als etwas Unwürdiges angesehen wurde, sodaß auch der Arbeitsvertrag und der Arbeiter, der sich in einem Vertrage zur Arbeitsleistung verpflichtete, unter dieser Auffassung bezüglich ihres Ansehens litten, so war es im alten deutschen Recht gerade entgegengesetzt. Denn dort wurde die Arbeit und die Leistung von Arbeit nicht als etwas Minderwertiges, eines freien Mannes Unwürdiges angesehen. Es war durchaus ehrenhaft, sich einem anderen vertraglich zur Leistung von Arbeit zu verpflichten. Dementsprechend war kein Anlaß vorhanden, in diesem deutschrechtlichen Arbeitsvertrag, der, wie oben gezeigt wurde, schuldrechtlichen Charakters war, die Pflicht zur Arbeitsleistung hintanzustellen. Der Vertrag ging auf Leistung von Arbeit, diese Arbeitspflicht war also dementsprechend auch die Hauptpflicht des Vertrages [65]). Diese Stellung der Arbeitspflicht wurde durch die gerade dem deutschrechtlichen Arbeitsvertrag innewohnende Treueverpflichtung nicht beeinflußt, denn letztere bestimmte nur den Inhalt, die Auslegung der Arbeitspflicht. Es wurde demgemäß durchaus nicht als unvereinbar mit den ethisch-sittlichen Anschauungen des Volkes angesehen, daß die Hauptpflichten des Arbeitsvertrages einerseits die Arbeitsleitung, andererseits die Entgeltspflicht war. Auch heute besteht kein Anlaß, von dieser Anschauung abzugehen. Es muß vielmehr darin, daß erklärt wird, die Verpflichtung zur Arbeitsleistung dürfe nicht im Vordergrund stehen, sondern vielmehr die Treuepflicht, eine gewisse Herabsetzung und Minderbewertung der Arbeit angesehen werden. Man steckt also unbewußt noch in den Gedankengängen der vergangenen Zeit, die man gerade beseitigen will, wenn man die Treuepflicht in den Vordergrund schiebt, um die Arbeitspflicht etwas zu „bemänteln". Man sieht also nicht, daß die neue Gesinnung nicht in der äußeren Umstellung von Pflichten oder in der Einfügung von neu geschaffenen Pflichten, sozusagen in der „Neuorganisation" der Pflichten des Arbeitsvertrags sich zeigt, sondern in dem anderen Inhalt, der die Pflichten, die an sich naturgemäß nicht zu verneinen sind, erfüllt und der sie so gestaltet, daß sie eben der neuen Anschauung entsprechen. Der Nationalsozialismus hat immer wieder betont, daß die Arbeit und die Leistung von Arbeit vor allem

[65]) Vgl. oben S. 19 ff.

zum Zwecke der Beschaffung des Lebensunterhaltes nicht nur durchaus ehrenhaft ist, sondern auch von höchstem — ethischem — Werte im Interesse des ganzen Volkes. Der Nationalsozialismus hat also den Wert der Arbeit und der Arbeitsleistung in jeder Weise anerkannt und hat ihr den bitteren Beigeschmack genommen, den sie im materialistisch-liberalistischen Zeitalter erhalten hatte. Damit ist aber auch jede Veranlassung genommen, die Arbeitspflicht des Vertrages dadurch herabzusetzen, daß man behutsam darauf bedacht ist, sie nur ja nicht allzu sehr zu betonen und lieber dadurch von ihr abzulenken und ihr — als Ausfluß des Materialismus — im Arbeitsvertrage ein Gegengewicht zu schaffen, indem man eben die Treuepflicht desto mehr betont. Diesen Anschauungen entgegen ist also ausdrücklich der Standpunkt zu vertreten, der allein nationalsozialistischen Grundsätzen entspricht, daß die Hauptpflicht des Arbeitsvertrages die durchaus ehrenwerte Pflicht zur Arbeitsleistung ist, ohne daß dadurch die Treuepflicht, die, wie gezeigt, ganz anderen Wesens ist und auf ganz anderer Ebene liegt, in ihrer Bedeutung irgendwelche Einbuße erleidet.

a) Der Inhalt der Arbeitspflicht.

Der Beschäftigte hat seine Arbeitsleistung in Person zu leisten, die im Vertrag vereinbart worden ist. Daneben kommen, falls eine Bestimmung nicht getroffen ist, die örtliche bzw. berufliche Üblichkeit und die Verkehrssitte gemäß § 242 BGB in Betracht. Da heutzutage aber meistenteils weitgehende Spezialisierung bezüglich des Gegenstandes der Arbeitsleistung vorliegt, braucht der Beschäftigte regelmäßig, soweit eine solche vertraglich vereinbart ist, nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nur eine Arbeit zu verrichten, für die er verpflichtet und vielleicht gerade besonders vorgebildet ist. Er ist also nicht verpflichtet, eine andere Beschäftigung überhaupt oder neben seiner eigentlich vertraglich vereinbarten Arbeit noch eine Nebenbeschäftigung zu übernehmen. — In Notfällen dagegen wirkt sich hier die Treuepflicht aus, indem der Arbeiter dort mit zugreifen muß, wo es erfordert wird. Das frühere Recht zog die Grenzen hierfür sehr eng, als auch in Notfällen eine Art Beschäftigung verlangt wurde, die einigermaßen in körperlicher, geistiger und gesellschaftlicher Beziehung der eigentlichen Tätigkeit entsprach [66]). Diese also könnte nicht abgelehnt werden. Es ist selbstverständlich, daß im heutigen Recht auch in Notfällen vom Arbeiter nicht eine Arbeitsleistung verlangt werden kann, der er (z. B. körperlich) nicht gewachsen ist, oder durch die er einen unverhältnismäßig großen Nachteil erleidet. Abgesehen von diesen Einschränkungen aber erfordert die Treuepflicht, daß sich der Arbeiter in jedem Falle mit seiner ganzen Kraft an jeder Stelle zur Verfügung stellt, vorausgesetzt, daß tatsächlich ein Notfall

[66]) Kaskel-Dersch, S. 169.

vorliegt [67]) und daß keine Schlechterstellung im Lohn damit verbunden ist [68]). Es wäre gerade den nationalsozialistischen Anschauungen zuwiderlaufend, wenn der Unternehmer, z. B. um eine Bestellung schnell zu erledigen, auf Grund der Treupflicht eine längere Arbeitszeit von dem Arbeiter verlangt, vielleicht auch noch, ohne sie besonders zu vergüten, während er dasselbe Ziel auch durch Neueinstellung von Arbeitskräften erreichen könnte [69]). Die Ansicht Nikisch's, daß der Beschäftigte in allen den Fällen zur zeitlichen Mehrarbeit verpflichtet sei, in denen der Unternehmer zu Überschreitungen des Achtstundentages berechtigt sei, ist daher abzulehnen. Diese Vorschriften haben nur öffentlichrechtliche Bedeutung, richten sich also im Interesse des Staates an den Unternehmer [70]), auf die privatrechtliche Arbeitsverpflichtung des Beschäftigten haben sie grundsätzlich keinen Einfluß. Inwieweit daher der Beschäftigte zur Überarbeit verpflichtet ist, richtet sich ausschließlich nach den Bestimmungen, die bezüglich der Arbeitszeit im Arbeitsvertrag oder in der Betriebsordnung festgelegt sind. Nur in diesen festliegenden Grenzen und von dieser Grundlage aus kommt es, was das Maß der zur Verfügung zu stellenden Arbeitskraft und die Art der zu leistenden Arbeit anbetrifft, — wenn tatsächlich ein Notfall im dargelegten Sinne vorliegt —, auf eine Abstellung und Ausrichtung nach der Treuepflicht an, die dann auch hier, als die Gesamthaltung des Beschäftigten bestimmend, eine Pflicht zur Überarbeit oder Mehrarbeit begründet. Wenn in der Betriebsordnung oder dem Arbeitsvertrag jedoch keinerlei Bestimmungen über die regelmäßige Arbeitszeit enthalten sind, so ist diese Lücke im Arbeitsvertrage gemäß §§ 157, 242 BGB zu ergänzen, danach also zu bestimmen, was als üblich anzusehen ist und somit die Grundlage für die Überarbeit zu schaffen [71]). Demnach ist als Ergebnis in dieser Hinsicht festzulegen, daß eine privatrechtliche Pflicht zur Mehrarbeit mangels ausdrücklicher Vereinbarung nur dann besteht, wenn die Treuepflicht sie gebietet und auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles nach Treu und Glauben eine Überarbeit als stillschweigend vereinbart anzusehen ist [72]). Nur in diesen ganz beschränkten Fällen ist Überstundenarbeit als Ausnahme auf Grund der Treuepflicht zu rechtfertigen [73]).

---

[67]) Dersch, in DAR, 1933, S. 11; Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 59; Dersch, AOG, S. 24.

[68]) vgl. hierzu die näheren Ausführungen auf S. 129.

[69]) Nikisch, in DAR, 1933, S. 353.

[70]) Strafrechtliche Folgen im Falle eines Verstoßes! vgl. (Kaskel-) Dersch, S. 274 f.

[71]) (Kaskel-)Dersch, S. 275; für viele; RAG in Bensh. Samml., Bd. 5, 492; 6, 253; 4, 311. —

[72]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 275; vgl. auch Dersch, AOG, S. 24 und 33, über die Bedeutung der Treuepflicht in dieser Hinsicht.

[73]) Siehe auch den nächsten Abschnitt.

b) Ort und Zeit der Arbeitsleistung.

Der Ort der Arbeitsleistung ist regelmäßig vertraglich oder auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse festliegend. Im Regelfalle ist es der Betrieb des Unternehmers, in den der Beschäftigte auf Grund des Vertrages eingetreten ist. Außerhalb der vertraglich festgelegten Arbeitsstätte braucht sich der Beschäftigte nicht beschäftigen zu lassen. Jedoch ist auch hier wieder zu beachten, daß im Notfalle — aber grundsätzlich nur dann — die Treuepflicht es gebieten kann, im Interesse des Betriebes sich ohne Rücksicht auf den an sich vertraglich festliegenden Ort beschäftigen zu lassen. Soweit jedoch damit Nachteile wirtschaftlicher Art für den Beschäftigten verbunden sind, — z. B. wenn er außerhalb seines Wohnortes, in dem der Betrieb liegt, für den er verpflichtet worden ist, tätig sein soll, — so liegt eine Unzumutbarkeit vor, die nach den allgemeinen Grundsätzen einer Unmöglichkeit im Rechtsinne gleich zu achten wäre [74]).

Von besonderer Bedeutung im Arbeitsleben ist die Arbeitszeit. Sie ist weitgehend durch gesetzliche Bestimmungen festgelegt. Darüber hinaus muß auch die Betriebsordnung gemäß § 27 AOG Bestimmungen über die tägliche Arbeitszeit enthalten. Es kommen hinsichtlich der Arbeitszeit drei Fragen in Betracht: erstens wann die Arbeit zu leisten ist, welche Zeit zu arbeiten ist, und inwieweit eine Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit verlangt werden kann.

Der Zeitbestimmung kommt im Arbeitsvertrag als Dauervertrag insofern wesentliche Bedeutung zu, als sie die Zeit, d. h. die Stunden bestimmt, während der die Arbeitsleistung regelmäßig zu erbringen ist. Es ist dementsprechend regelmäßig jeden Tag zu einer bestimmten Zeit die vertragsmäßige Arbeit zu leisten, die Arbeit ist also zeitgebunden. Zu einer anderen, als der so festgesetzten Zeit, kann die Arbeit nicht erbracht werden, und eine einmal nicht geleistete Arbeit kann im Rahmen des Vertrages nicht mehr nachgeholt werden, sodaß in einem derartigen Falle gänzliche Unmöglichkeit vorliegen würde[75]). Diese Regelung entspricht dem Wesen des Arbeitsvertrages als Dauervertragsverhältnis, das eben nicht eine ununterbrochene Abwicklung der vereinbarten Leistung zuläßt, sondern Unterbrechungen (Pausen, Nachtruhe, sonstige Ruhezeiten, aber auch Urlaub, Krankheitszeiten usw.) in der Erbringung der Leistung erfordert und naturgemäß mit sich bringt. Als Arbeitsleistung während der für die Erbringung festgesetzten Zeit ist aber auch die Arbeitsbereitschaft anzusehen [76]).

Wie lange durchschnittlich und regelmäßig zu arbeiten ist, ist weitgehend durch gesetzliche Bestimmungen geregelt. Es handelt

---

[74]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 170; Hueck-Nipperdey, S. 155; Oertmann, S. 122; RAG in Bensh. Samml., Bd. 7, 38; 11, 85.

[75]) Vgl. Nikisch, Grundformen, S. 171/2; Titze, Unm, S. 33 ff.; Kisch, Unmögl., S. 19; Sinzheimer, S. 175 u. a. m.

[76]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 172; Mansfeld in NZAR, 1926, S. 603. —

sich dabei um den öffentlichrechtlichen Arbeitszeitschutz, der vor allem in der Arbeitszeitverordnung und zahlreichen weiteren Verordnungen festgelegt ist. Er bildet für die vertragliche Regelung der Arbeitszeit eine zwingende Schranke, und zwar sowohl für alle Arbeitsverhältnisse im allgemeinen, als auch insbesondere als erhöhter Schutz gegenüber Frauen, Jugendlichen und Arbeitern bestimmter Erwerbszweige. Die durch den Arbeitszeitschutz begründeten Pflichten sind jedoch, wie bereits gesagt, dem Unternehmer als öffentlichrechtliche Pflichten auferlegt, und zwar nicht in erster Linie gegenüber dem einzelnen Beschäftigten, sondern gegenüber der Staatsgewalt [77]), die Verstöße strafrechtlich ahndet.

Eine Überschreitung der gesetzlich oder ergänzend durch die Betriebsordnung oder eine Tarifordnung festgelegten Arbeitszeit und eine dahingehende Verpflichtung ist in der neuen Arbeitsordnung — wie es bereits im vorigen Abschnitt vom Standpunkt der Treuepflicht aus erörtert worden ist — grundsätzlich nicht anzuerkennen. Überstundenarbeit, vor allem regelmäßige, soll grundsätzlich ausgeschaltet werden. Zwar ist es nicht ganz zu vermeiden, daß sich ein oder das andere Mal die Notwendigkeit ergibt, über die festgesetzte Zeit hinaus weiter zu arbeiten. Soweit es sich hierbei um eine nicht erhebliche Überschreitung handelt, die aber im Interesse des Betriebes geboten erscheint, ist der Beschäftigte, wie gezeigt wurde, auf Grund seiner Treuepflicht verpflichtet, diese Überstundenarbeit zu leisten. Er kann in einem derartigen Falle selbstverständlich die angemessene und übliche Bezahlung verlangen. Vor allem wird sich eine derartige Arbeitsverpflichtung aber aus der inneren Verbundenheit von Führer und Gefolgschaft ergeben, insofern als der Führer des Betriebes in Notzeiten von seiner Gefolgschaft im Interesse des Gesamtwohles der Betriebsgemeinschaft ein Einspringen der Gefolgschaftsmitglieder verlangen kann [78]), immer aber andererseits unter der Voraussetzung, daß dem Beschäftigten kein schlechterer Lohn zumindest als der vertraglich vereinbarte bezahlt wird [79]). — Wird jedoch die Überstundenarbeit regelmäßig und in erheblichem Maße verlangt, um z. B. dadurch die Einstellung neuer Ar-

---

[77]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 171; Über die Regelung des Arbeitszeitschutzes im heutigen Staate vgl. die Ausführungen von Hellwig, in DAR, 1934, S. 78 ff.: „Betrachtungen zur Regelung des Arbeitszeitschutzes im neuen Deutschland."

[78]) So Dersch in AOG, S. 33 und S. 24. Vgl. auch RAG in Arb.R.Samml., Bd. 12, S. 66.

[79]) Vgl. jedoch die Bestimmung des § 6a AZVO, nach der als angemessene Vergütung für eine derartige, über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung — wenn nicht etwas anderes vereinbart ist — ein Zuschlag von 25 vom Hundert zu dem vertraglich festgelegten Lohnsatz anzusehen ist. Beachte aber auch die Ausnahme in Abs. I, Satz 2 dieses §, wonach bei Notfällen, Naturereignissen, Unglücksfällen usw. diese Regelung nicht gilt. Heute ergibt sich insbesondere aus dem Grundsatz der Betriebsverbundenheit, wie bereits im vorigen Abschnitt erwähnt wurde, daß der Beschäftigte in einem derartigen Falle einmal von der Geltendmachung seiner Lohnforderung Abstand nimmt (erläßt).

beitskräfte zu erübrigen, so gebietet das höhere Interesse der Gemeinschaft des Volkes und des Staates, daß der Beschäftigte dieses an ihn gestellte Verlangen ablehnt. Er ist zu einer derartigen Arbeitsleistung nicht nur nicht verpflichtet, sondern im Gegenteil berechtigt und im Interesse des Staates verpflichtet, eine derartige Arbeit zu verweigern, ohne daß ihn darum Nachteile treffen dürfen und treffen [80]). Der Unternehmer soll in einem solchen Falle eben gezwungen werden, für diese Mehrarbeit neue Arbeitskräfte einzustellen. Eine scharfe Innehaltung dieser Grundsätze ist daher jederzeit zu beachten. —

3. Der Einfluß von Treu und Glauben im Sinne des § 242 BGB auf die Bewirkung der Leistungen des Beschäftigten.

Der § 242 BGB ist einer der wenigen Paragraphen des Schuldrechts des BGB, in denen deutschrechtliche Gedankengänge zum Ausdruck kommen. Er ist zur Generalklausel für die Auslegung aller Verträge des bürgerlichen Rechts und der aus ihnen entspringenden einzelnen Rechte und Pflichten geworden. Sie sind nach ihm nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu erbringen. In bezug auf den Charakter des Arbeitsvertrages als eines gegenseitigen Vertrages hat daher auch der § 242 BGB seine Bedeutung behalten. Das RAG stützte bereits im früheren Recht seine Stellungnahme zu den einzelnen in bezug auf den Arbeitsvertrag entstehenden Streitfragen in umfassendem Umfange auf den § 242 BGB, insbesondere aus dem Grunde, weil es den Arbeitsvertrag als den Anforderungen der Zeit nicht entsprechend nicht mehr als reinen Vertrag des Schuldrechts, vor allem nicht mehr als reinen Dienstvertrag ansah. So stützte das RG und das RAG z. B. seine Stellungnahme zu dem Problem des Betriebsrisikos weitgehend auf den § 242 BGB [81]). — Es ist sicher und bereits eingehend erörtert worden, daß der § 242 BGB nicht die alleinige Grundlage für die Regelung der Rechtsbeziehungen aus dem Einzelarbeitsverhältnis sein kann. Auch hier ist vor einer Überspannung der Bedeutung der Generalklausel zu warnen. Trotzdem aber ist dem § 242 BGB die Bedeutung zuzuerkennen, daß er neben der, die Auslegung der einzelnen schuldrechtlichen Pflichten des Arbeitsvertrages in jeder Beziehung beeinflussenden ethisch-sittlichen Treuepflicht die Richtlinie für die Erfüllung der einzelnen Pflichten im Gebiete des Schuldrechts selbst ist, sodaß evtl. aus den Vertragspflichten und Rechten hergeleitete Ansprüche zur Ergänzung auf § 242 BGB zu stützen sind. Im einzelnen ist die Bedeutung des § 242, seinem Wesen als Generalklausel entsprechend, nicht näher festlegbar. —

[80]) Gerade in solchen Fällen wird ein Eingreifen des Treuhänders der Arbeit — durch Anrufung des Vertrauensrates — herbeigeführt werden können.

[81]) Vgl. unten S. 160 ff.

4. Die weiteren Pflichten aus dem Arbeitsvertrag.

Neben der schuldrechtlichen Hauptpflicht des Vertrages und der ihre Auslegung beherrschenden ethischen Treuepflicht enthält der Arbeitsvertrag noch eine Reihe weiterer schuldrechtlicher bzw. unbestimmter, personenrechtlicher auf ethisch-sittlichen Grundsätzen beruhende Pflichten des Beschäftigten.

a) Die Gehorsamspflicht.

Als eigene Pflicht von selbständiger Bedeutung ist die Gehorsamspflicht des Beschäftigten zu nennen, der das Direktions- oder Anweisungsrecht des Unternehmers entspricht. Innerhalb des Rahmens, der durch die Bestimmungen der BO, evtl. der TO, der gesetzlichen Vorschriften und schließlich der vertraglichen Abmachungen gegeben ist, hat der Unternehmer das Recht, nähere Bestimmungen und Anweisungen bezüglich der Art der Arbeitsleistung und überhaupt aller die Arbeitsleistung betreffenden Fragen zu treffen. Der Beschäftigte ist dem Unternehmer oder aber auch seinem Vertreter gegenüber zum Gehorsam und zur Befolgung der jeweilig erteilten Anweisungen dieser Art verpflichtet und zwar auch ohne Rücksicht auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Abgesehen davon, daß heute zwar die verschiedensten Gebiete, auf die sich das Anweisungsrecht des Unternehmers bisher erstreckte, als „betriebliche Angelegenheiten" in den Betriebsordnungen zu regeln sind oder geregelt werden können, umfaßt das Direktionsrecht des Unternehmers heute nicht nur den Produktionsprozeß, wie für den früheren Rechtszustand festgestellt wurde [82]), sondern es erstreckt sich auch auf die Gebiete, bezüglich derer die Anordnungen des Unternehmers bisher an die Zustimmung der Betriebsvertretung gebunden waren, so z. B. hinsichtlich des Rauchverbotes [83]). Die Gehorsamspflicht, die also an sich auch im früheren Recht bejaht worden ist, ist heute — besonders wiederum unter dem Einfluß des Treue- und Vertrauensgedankens — in jeder Beziehung fester bestimmt [84]). Im übrigen tritt in der Gehorsamspflicht und in dem Direktionsrecht innerhalb des Arbeitsvertrages die einzige Auswirkung des Führergedankens in Erscheinung [85]). Auch dadurch erhält der Arbeitsvertrag in hervorragendem Maße einen weiteren personenrechtlichen Einschlag. Gehorsamspflicht und Direktionsrecht, die zwar innerhalb des Arbeitsvertrages eine Unterordnung des Beschäftigten unter die Weisungen, d. h. Führung des Unternehmers begründen, gestatten jedoch nicht eine Ausnutzung der Möglichkeit, Anweisungen und „Befehle" zu geben in der Weise, daß z. B. bezüglich der Art der Arbeitsleistung schikanöse, unsittliche, straf-

[82]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 169.
[83]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 2, S. 91.
[84]) So Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 40.
[85]) Vgl. Dersch, AOG, S. 24.

bare oder auch gesundheitsschädliche (dies jedoch nur in relativem Sinne)[86]) Anweisungen erteilt werden könnten. Wenn auch der Ausdruck „Direktionsrecht", der eben das Recht des Unternehmers bezeichnet, Anweisungen bezüglich der Abwickelung der Arbeit geben zu dürfen, beizubehalten ist, so ist ihm doch durch die neue ethische Auffassung des ganzen Arbeitslebens der bittere Beigeschmack genommen, der ihm früher anhaftete. Wenn das Direktionsrecht einerseits zwar — mittelbar — durch den Führergrundsatz des AOG eine Vertiefung erfahren hat[87]), so verlangen aber gerade die Grundgedanken des Führergrundsatzes andererseits heute „eine kameradschaftliche Ausübung des Direktionsrechtes als Ausfluß des kameradschaftlichen Aufeinanderangewiesenseins und der inneren Verbundenheit von Führer und Gefolgschaft"[88]). Gerade bei Ausübung seines Direktionsrechtes kann der Unternehmer also vielfach unter Beweis stellen, wieweit er die neue Sozialauffassung des nationalsozialistischen Staates in sich aufgenommen hat. Es sei hier nur auf die von der Deutschen Arbeitsfront hinsichtlich der Ausübung der Arbeit — Beschaffenheit der Arbeitsstätte, Ruhepausen, Gestaltung des äußeren Rahmens, in dem die Arbeit zu leisten ist — ausgegebene Parole „Schönheit der Arbeit" hingewiesen. Auch hinsichtlich des Direktionsrechtes im einzelnen Arbeitsvertrag werden sich hieraus manche positive Einwirkungen ergeben. Andererseits ist jedenfalls der Beschäftigte auch heute nicht als verpflichtet anzusehen, auf Grund seiner Pflicht zum Gehorsam einer Anordnung des Unternehmers Folge zu leisten, die sich als Mißbrauch des Direktionsrechts darstellt. Wenn daher Anweisungen ergehen, die als schikanös, unsittlich, strafbar, gesundheitsschädlich usw. anzusehen sind, oder aber auch das Direktionsrecht in der Weise gebraucht wird, daß an den Beschäftigten ohne besondere Abrede außergewöhnliche, das übliche Maß weit übersteigende Anforderungen gestellt werden[89]), so liegt keine Verletzung der Gehorsamspflicht vor, wenn der Beschäftigte derartigen Anweisungen nicht nachkommen würde. —

b) Sonstige Nebenpflichten des Beschäftigten.

Hier sind die bereits erwähnten Pflichten zur Unterlassung irgendwelcher Konkurrenz oder irgendwelchen Wettbewerbs durch den Beschäftigten zu nennen[90]); weiter die Anzeigepflicht, die dem Beschäftigten auferlegt, alle Fälle einer Schädigung des

[86]) Hier spielt die Art der vertraglich zu leistenden Arbeit mit, z. B. Arbeit in Blei-, chemischen und sonstigen derartigen Fabriken. —
[87]) Dersch, AOG, S. 24.
[88]) So Dersch, S. 24.
[89]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 11, S. 84; für früher vgl. (Kaskel-) Dersch, S. 169. —
[90]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 4, 262; 6, 612; 5, 427; in JW, 1930, S. 441; in Arb.R.Prax., 1929, S. 46; vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 174/5.

Betriebes durch einen Mitarbeiter dem Unternehmer zu melden. Von besonderer Bedeutung ist weiter die Schweigepflicht, die den Verrat oder überhaupt das Preisgeben von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen irgendwelcher Art untersagt [91]). Alle diese Pflichten sind weitgehend von ethischen Grundsätzen bestimmt, besonders aber wiederum durch die Treue zu dem Unternehmer und dem Betrieb bedingt. Dementsprechend hat das AOG auch im § 36, Ziffer 4, für Verstöße dieser Art durch Mitglieder des Vertrauensrates die ehrengerichtliche Verfolgung angedroht.

5. Verletzung der Arbeitspflicht.

Die Verpflichtung zur Arbeitsleistung ist eine Verpflichtung aus einem Vertrage im Sinne einer Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung. Sie ist daher, wie jede andere derartige vertragliche Verpflichtung auch, im Prozeßwege einklagbar [92]). Es fehlt ihr aber die prozessuale Erzwingbarkeit [93]). Es besteht daher nur die Möglichkeit, für den Fall, daß die Handlung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen wird, einen Schadensersatz zu verlangen, wie § 61, Abs. IV AGG es vorsieht. Praktisch ist daher die Folge einer Verletzung der Arbeitspflicht hierbei die Verpflichtung zum Schadensersatz. Und zwar besteht diese Verpflichtung zum Ersatz des durch einen Verstoß gegen die Arbeitspflicht entstandenen Schadens unter den gleichen Voraussetzungen und in gleichem Umfange wie bei der Verletzung anderer Vertragspflichten. Es muß daher erfordert werden, daß ein Verschulden, d. h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Arbeiters bei seiner Verletzung der Arbeitspflicht vorliegt. Meistenteils wird die Verletzung der Arbeitspflicht in einer Nichtleistung, einer Schlechtleistung oder in einem Leistungsverzug bestehen. Wegen der Zeitgebundenheit der Arbeit würde jedoch Leistungsverzug Unmöglichkeit der Leistung begründen, d. h. Nichtleistung der Arbeit bedeuten. In Hinsicht auf diese Arten der Verletzung der Arbeitspflicht muß also ein Verschulden vorliegen. Der Unternehmer hat aus dem Vertrage ein Recht auf eine regelmäßig mit gleichbleibendem Fleiß, denselben Fähigkeit und der gleichen Gewissenhaftigkeit erbrachten Arbeitsleistung, d. h. auf ein gleichbleibend gutes — durchschnittliches — Arbeitsergebnis. Der Arbeiter ist bezüglich seiner Arbeitsleistung — auch unter dem Gesichtspunkt der Treue und der sozialen Ehre — dazu verpflichtet, mit regelmäßig gleichbleibendem Fleiß und gleicher Gewissenhaftigkeit seine Arbeit zu verrichten und seine Fähigkeiten voll zu verwerten [94]). Wenn er diesen Verpflichtungen ohne irgendeinen ersichtlichen Grund nicht nachkommt, sodaß sein Arbeitsergebnis

[91]) Vgl. aber über sittenwidrige Wettbewerbsklauseln: RAG in Bensh. Samml., Bd. 1, 64; in Arb.R.Prax., 1928, S. 36.
[92]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 172/3.
[93]) Vgl. Dersch-Volkmar, S. 405; siehe §§ 888, II ZPO; 61, IV AGG.
[94]) Vgl. § 35, Satz 1, AOG.

sich erheblich verschlechtert, liegt eine Verletzung seiner Arbeitspflicht vor, die er verschuldet hat. Wenn der Nachweis des Verschuldens an sich zwar vom Unternehmer zu erfordern ist, so genügt doch der Nachweis eines Sachverhaltes, wie er gezeigt wurde, um die Vermutung eines Verschuldens zu rechtfertigen (§ 276 BGB)[95]). — Eine Verpflichtung zum Schadensersatz ist aus einer solchen Verletzung der Arbeitspflicht jedoch nur dann herzuleiten, wenn tatsächlich dadurch ein Schaden begründet worden ist. Es kann aber immerhin ein sozial ehrenwidriges Verhalten im Hinblick auf § 35, Satz 1 AOG vorliegen. —

IV. Die Pflichten des Unternehmers.

Dem Wesen des Arbeitsvertrages als eines gegenseitig verpflichtenden Vertrages entspricht es, daß nicht nur dem Arbeiter Pflichten aus dem Vertrage erwachsen, sondern auch dem Unternehmer. Wenn also zwar im früheren Recht in Ansehung der Hauptpflicht des Vertrages, nach der er benannt worden ist, der Arbeitspflicht, der Unternehmer als der Arbeits-(Dienst-)berechtigte, der Arbeiter als der Arbeits-(Dienst-)verpflichtete bezeichnet wurden, so ist damit nicht gesagt, daß nicht auch dem Unternehmer Pflichten gegenüber dem Beschäftigten obliegen. Und zwar ist festzustellen, daß nicht der eine größere Pflichten als der andere zu erfüllen hat, sondern sie stehen sich wertmäßig gleich gegenüber. So ist dem Unternehmer als Hauptpflicht aus dem Vertrage die Pflicht zur Entgeltleistung der vom Arbeiter geleisteten Arbeit auferlegt.

Abgesehen von verschiedenen Nebenpflichten, so der Pflicht zur Zeugniserteilung und der Auskunftspflicht, weiterer Pflichten soziologischen Charakters, so der Gewährung von Urlaub, der Beschäftigungspflicht usw., steht aber außerdem auch die vertragliche Haltung des Unternehmers unter Pflichten höherer ethischer Natur, nämlich wie beim Beschäftigten unter einer Treue- und darüber hinaus einer Fürsorgepflicht. Auch diese Pflichten treten wie bei der Treuepflicht des Beschäftigten nicht in erster Linie als völlig unabhängige und selbständige, fest bestimmbare Pflichten auf. Vielmehr erfüllen auch sie wiederum den Inhalt der bestimmten und feststehenden schuldrechtlichen und soziologischen Pflichten mit dem ethisch-sittlichen Gedankengut der neuen Sozialgesinnung. Sie bestimmen insofern deren Auslegung und Anwendung in weitem Maße. In gewisser Weise aber äußern sie sich allerdings auch selbständig und unabhängig von den übrigen (schuldrechtlichen) Pflichten des Unternehmers.

1. Beherrschender Grundsatz: Treue- und Fürsorgepflicht.

Der Hauptgrundsatz des neuen Arbeitslebens, die Treueverbundenheit, zeigt sich heute im Einzelarbeitsvertragsrecht als be-

[95]) Kaskel-Dersch, S. 173.

herrschender Grundsatz der gegenseitigen Rechtsbeziehungen, der einzelnen Rechte und Pflichten. Er tritt nicht nur auf seiten des Beschäftigten auf, sondern auch der Unternehmer ist seinerseits dem Beschäftigten aus dem Arbeitsvertrage heraus zur Treue verpflichtet. Im bisherigen Recht wurde bereits eine gewisse Fürsorgepflicht des Unternehmers gegenüber dem Arbeiter anerkannt. Sie war nicht nur (§§ 617, 618, 619 BGB) als schuldrechtliche Pflicht zu bezeichnen, sondern war auch damals bereits als Pflicht personenrechtlichen Wesens, mehr auf ethischer als auf rechtlicher Grundlage bestehend, anzusehen. Insofern entsprang auch die damalige Fürsorgepflicht der bereits damals in gewissen Grenzen für den Arbeitsvertrag anerkannten Treueverbundenheit. Sicherlich ist auch heute die Fürsorge- und die Treuepflicht des Unternehmers weitgehend einander gleichzusetzen, da eben auf der Unternehmerseite sich die Treueverbundenheit im wesentlichen in dieser Fürsorgepflicht äußert. Doch ist, der stark erweiterten Bedeutung der ethischen Grundlage des Arbeitsverhältnisses entsprechend, eine Ausdehnung dieser Treueverbundenheit über die bisher anerkannte Fürsorgepflicht hinaus anzuerkennen. Somit würde heute die Treuepflicht des Unternehmers sich auch außerhalb des Rahmens der Fürsorgepflicht äußern. Wenn eine strenge Grenzscheidung zwischen beiden nicht vorgenommen werden kann, da es sich bei beiden um unbestimmte, ethisch-sittliche Vorschriften handelt, die in erster Linie sich an das persönliche Verhalten des Unternehmers gegenüber seinem Beschäftigten richten, so ist eine gewisse Unterscheidung doch dahin zu treffen, daß die Fürsorgepflicht mehr als selbständige Pflicht bezüglich einer gewissen Fürsorge in materieller Hinsicht, einer Pflicht, die mehr das persönliche Wohlergehen des Arbeiters im Auge hat, auftritt —, also Gebiete behandelt, die außerhalb der übrigen Pflichten, z. B. der Lohnzahlungspflicht des Unternehmers liegen und daher selbständig in Erscheinung treten. Die Treuepflicht dagegen wirkt sich ebenso wie auf der Seite des Arbeiters dahin aus, daß sie alle Pflichten des Unternehmers gleichmäßig mit einem bestimmten ethischen Gehalt erfüllt, der es mit sich bringt, daß diese Pflichten heutzutage in einer der neuen Sozialgesinnung entsprechenden Weise erfüllt werden müssen. Die Treuepflicht des Unternehmers ist also von allgemeinerer Wirksamkeit, sie bezieht sich auf weitere Gebiete, als die Fürsorgepflicht [96]).

a) Die Treupflicht insbesondere.

Die Treupflicht des Unternehmers im Arbeitsvertrag geht ebenso wie die im AOG für die Betriebsgemeinschaft festgelegte vor allem auf die Herstellung eines persönlichen Verhältnisses

[96]) Vgl. die Treupflicht des Herrn im alten deutschen Recht, die zur Fürsorge im Sinne von Schutz- und Unterhaltsgewährung sowie zur Vertretung verpflichtete. Vgl. von Gierke, „Wurzeln", S. 37 ff., insbes. S. 44. —

des Vertrauens zwischen den beiden Vertragsbeteiligten. Sie soll zwischen beiden menschliche Beziehungen gestalten. Gerade von seiten des Unternehmers aus kann und muß dieses aber in größtem Umfange geschehen, denn gerade an ihm und seiner persönlichen Einstellung und Haltung liegt es, ob der Arbeiter wieder das Gefühl erlangt, daß er als vollwertiges Mitglied in die Volksgemeinschaft aufgenommen ist. Insofern ist die Treueverpflichtung des Unternehmers als wichtiges Gegenstück und als Ausgleich gegenüber der ihm vom nationalsozialistischen Staat gegebenen weitgehenden Bestimmungsmacht hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitsbedingungen aufzufassen. Sie soll ihn daher veranlassen, seine wirtschaftliche und persönliche Vorrangstellung, vor allem aber seine ganze soziale Stellung, nur in einer jederzeit dem Arbeiter gerecht werdenden Weise zu gebrauchen. Es ist also der alte deutschrechtliche Grundsatz, der die Treue gegenseitig verlangt. Der Dienstverpflichtete war seinem Herrn zur Treue verpflichtet, der Herr aber hatte für den Schutz, die Vertretung, den Unterhalt und das ganze persönliche Wohl seines Dienstmannen zu sorgen; das waren Auswirkungen seiner Treuepflicht. Wir haben zwar festgestellt, daß der Arbeitsvertrag ein gegenseitiger Vertrag sein und bezüglich der Hauptpflichten „Arbeitsleistung" und „Lohnzahlung" fest bestimmt sein müsse, — das schließt aber die Wirksamkeit der Treuepflicht hinsichtlich der Sorge für das persönliche Wohl und der Sicherung des Unterhalts nicht aus. Wenn also auch der Lohnanspruch in erster Linie auf die festen Abmachungen des Vertrages zu stützen ist, so werden diese bestimmten Abmachungen doch von der Treuepflicht beeinflußt, wodurch die Lohnzahlungspflicht dem nivellierenden, starren Lohnzahlungsschema entrissen wird und dem Arbeitsvertrag das Ansehen eines den römischen Anschauungen entsprechenden, reinen Austauschverhältnisses von Arbeit und Geld genommen wird. Die Treuepflicht soll also den Unternehmer veranlassen, mehr auf die einzelne Persönlichkeit des Arbeiters einzugehen, auf seine ganz besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen und insbesondere außerhalb der fest bestimmten Entlohnungsgrenzen auch auf die Leistungen des einzelnen Arbeiters einzugehen und diese zu berücksichtigen. — Diese Auswirkung der Treuepflicht zeigt sich aber nicht nur hinsichtlich der Lohnzahlungspflicht, sondern auch bezüglich anderer Pflichten des Unternehmers. So z. B. bei der Frage der Urlaubsgewährung, bei den Fragen der Entlassung des Arbeiters [97]), des Rechtes am Arbeitsergebnis usw. Die Treuepflicht als deutschrechtlicher Grundsatz steht also als beherrschender Grundsatz der neuen Sozialgesinnung über allen anderen Pflichten des Unternehmers. —

---

[97]) So: Danielcik: „Der Treuegedanken im Arbeitsrecht", in „Der Deutsche", Nr. 7 vom 10. Jan. 1934. —

b) Die Fürsorgepflicht insbesondere.

Die soziale Fürsorgepflicht des Unternehmers aus dem Arbeitsvertrage ist nicht zu verwechseln mit den öffentlichrechtlichen Fürsorgepflichten, die dem Unternehmer aus den Vorschriften der Arbeiterschutzgesetzgebung und der Sozialversicherung gegenüber dem Staate obliegen. Es ist vielmehr eine Pflicht, deren Erfüllung vom Beschäftigten — unabhängig von der Erfüllung der öffentlichrechtlichen Pflichten — im ordentlichen Verfahren aus dem Vertrage eingeklagt werden kann [98]). Denn wenn auch im Grundsätzlichen ein Recht auf Beschäftigung auch heute noch nicht anzunehmen ist, was noch besonders behandelt werden wird, so ist doch festzustellen, daß — wenn eine Beschäftigung tatsächlich vorliegt — diese auch nach Maßgabe der gesetzlichen und vertraglichen Vorschriften erfolgen muß, sodaß ein klagbarer Anspruch hierauf bejaht werden muß [99]). Diese regelmäßige Fürsorgepflicht ist als solche keine individuelle — abgestuft nach dem Fürsorgebedürfnis des einzelnen Arbeiters, — sondern nur eine dem normalen Fürsorgebedürfnis aller Arbeiter entsprechende Pflicht. Und in diesem Rahmen muß noch eine Grenze der Fürsorgepflicht durch die Möglichkeiten des Betriebes und die Zumutbarkeit gebildet werden [100]). So war die Fürsorgepflicht des § 618 BGB und der aus ihr sich ergebende Schutz des Arbeiters durch den Unternehmer nur gegeben, „insoweit die Natur der Dienstleistung es gestattet" [101]).

Im allgemeinen ist nun heute die Verpflichtung des Unternehmers dahin festzulegen, auf Grund seiner Fürsorgepflicht dafür aufzukommen, daß der Beschäftigte die ihm aus dem Vertrage obliegende Arbeit auch tatsächlich verrichten kann, ohne irgendwelchen Schaden zu erleiden. Bestimmte Regeln können hier nicht aufgestellt werden. Neben den allgemeinen Richtlinien, die bereits früher der § 242 BGB gab, wird auch hier wieder die Treueverbundenheit des neuen Rechts sehr oft den Weg weisen können. Nur in der Weise lassen sich bestimmte Richtlinien für die Anwendung und Ausdehnung der Fürsorgepflicht hinsichtlich der Gefahrlosstellung und des Schutzes vor Gefahren bei der Arbeit durch den Unternehmer aufstellen, daß nämlich zu berücksichtigen ist, ob und inwieweit der Arbeiter mit den Schwierigkeiten seiner Arbeit rechnen muß. Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Fürsorgepflicht sich bei den verschiedenen Berufszweigen sehr unterschiedlich auswirken kann. Es soll nur auf die Berufe der Bergarbeiter, der Seeleute, der Arbeiter in Blei-, Sprengstoff- und

---

[98]) Kaskel - Dersch, S. 213. Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 201 u. a. m.

[99]) a. M.: Hueck-Nipperdey, I, S. 262, Anm. 11 u. a.

[100]) Kaskel-Dersch, S. 213.

[101]) Vgl. § 242 BGB: („Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung (nur) so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern").

sonstigen chemischen Fabriken hingewiesen werden, deren Arbeit immer mit einer großen Gefahr für Leib und Leben verbunden ist, einer Gefahr, die eben in der Natur dieser Berufe begründet ist [102]). Deren Arbeitsleistung ist also nicht darum unmöglich, weil auch die umfangreichste Fürsorgepflicht die Gefahren nicht ganz ausschließen könnte.

Die Fürsorgepflicht bezieht sich hinsichtlich der in ihr enthaltenen Schutzverpflichtung aber nicht nur auf den Schutz vor rein körperlichen Gefahren, sondern auch, was insbesondere bei jugendlichen und weiblichen Arbeitern in Erscheinung tritt, auf den Schutz vor sittlichen und moralischen Gefahren (vgl. die entsprechenden Bestimmungen in HGB und Gew.Ordn., § 62 HGB.; §§ 120, a, b und c). Heute mehr denn je liegt dem Unternehmer gerade in dieser Hinsicht eine Fürsorgepflicht ob. — Wenn nun im Ganzen gesehen die bisher besprochene Fürsorgepflicht auch bereits im alten Recht enthalten war (sie geht ja gerade in dieser Weise aus dem § 618 BGB hervor, der im übrigen heute durch die erweiterte ethische Grundlage des Arbeitslebens in mancher Hinsicht eine Ausdehnung erfährt), so bezieht sie sich hier doch vor allem auf einen Schutz vor irgendwelchen Gefahren usw., drückt sich also in erster Linie in negativer Hinsicht aus. Es muß heute aber erfordert werden, daß die Fürsorgepflicht sich auch in positiver Hinsicht äußert, und zwar im Sinne der alten deutschrechtlichen Gedanken der Vertretung und der Fürsorge für das Wohlergehen des Arbeiters. Insofern erscheint sie als eine Pflicht ehrenhafter Gesinnung [103]). Sie verlangt eine Verbundenheit mit dem Beschäftigten, ein Erkennen seiner persönlichen Nöte und Wünsche. Sie verlangt, daß sich der Unternehmer mit seinen Arbeitern beschäftigt, nicht nur in ihnen Arbeitsmaschinen sieht. In diesem Sinne würde die Fürsorge z. B. nicht mehr nur damit erfüllt sein, daß die Arbeitsräumlichkeiten so hergerichtet sind, daß gerade Gefahren vermieden werden, sondern es wird sich nunmehr die Fürsorgepflicht auch darin zu äußern haben, daß die Arbeitsräume darüber hinaus so freundlich und gesund eingerichtet werden und außerdem sonstige Einrichtungen, wie freundliche Aufenthaltsräume, Baderäume usw. getroffen werden, wie es den betr. betrieblichen Möglichkeiten entsprechend erfordert werden kann [104]). Diese Forderungen werden an sich vielleicht als überflüssig angesehen, da sie mit der Arbeitsleistung an sich nichts zu tun haben, sie geben aber der ganzen Arbeit ein anderes Gesicht und binden den Arbeiter wirklich an seine Arbeitsstätte, sodaß sie ihn dadurch der Heimat verbunden macht. Die von der Deutschen Arbeitsfront in dieser Hinsicht unternommenen Schritte unter der Forderung „Schönheit der Arbeit" werden sich sicher-

---

[102]) Vgl. § 32 Seem. Ordnung.

[103]) Mansfeld-Pohl, S. 110.

[104]) Vgl. hierüber die grundsätzlichen Ausführungen in „Der Deutsche", vom 23. Febr. 1934, Nr. 45: „Zweck und Ziel des Amtes ‚Schönheit der Arbeit'". —

lich bis in die kleinste Zelle des Arbeitslebens, den Arbeitsvertrag, dahin auswirken, daß in ihm die Fürsorgepflicht des Unternehmers dem einzelnen Arbeiter gegenüber auf diese Grundsätze abzustellen ist. — Abschließend ist für das heutige Arbeitsvertragrecht daher festzustellen, daß die Fürsorgepflicht des Unternehmers sich nicht mehr nur in den Bestimmungen der §§ 618, 619 BGB sowie den Bestimmungen des HGB (§ 62) und der Gew.-Ordn. (§ 120 a und c) erschöpft, sondern sehr viel weitgehender im Sinne einer Pflicht zur Erleichterung und Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen des Arbeiters aufzufassen ist [105]), im Sinne einer wahren Schutz- und Fürsorgepflicht des deutschen Rechts, die daher nicht in einzelnen festgelegten Vorschriften besteht, sondern der Treuepflicht entsprechend in einer Richtlinie für das ganze Verhalten des Unternehmers und in einem Appell an sein soziales Gewissen [106]).

2. Die schuldrechtliche Entgeltspflicht.

Die Entgeltspflicht ist auch im neuen Arbeitsvertragsrecht die Hauptpflicht innerhalb des Systems der bestimmten Pflichten des Unternehmers. Es wäre wirklichkeitsfremd, wollte man — angeblich, da es sich um materialistische Gedankengänge handelt — aus irgendwelchen Gründen diese Notwendigkeit nicht einsehen. Es ist auch gerade heute nicht zu übersehen, daß der Arbeiter tatsächlich den Vertrag abschließt, um Geld zu verdienen, d. h. seinen Lebensunterhalt sicherzustellen. Der Arbeitsvertrag mit seinem Ertrag ist also für ihn die einzige Quelle seines Lebensunterhaltes. Ebenso wie es heute nicht mehr als unehrenhaft angesehen wird, daß jemand mit seinen Händen im Dienste eines anderen Arbeit verrichtet, ist es genau ebensowenig unehrenhaft, sich mit dieser Arbeit sein Brot zu verdienen, d. h. sich seine Arbeit bezahlen zu lassen. Wer arbeitet, kann auch eine gerechte Entlohnung dafür verlangen. Es ist also nicht einzusehen, warum nicht die Entgeltspflicht des Unternehmers — in der Auslegung durch die ethischen Grundsätze beherrscht — auch weiterhin Hauptpflicht des Unternehmers bleiben sollte. Gerade aus der Notwendigkeit heraus, die Lebenshaltung des Arbeiters sicherzustellen und seinen Arbeitsvertrag tatsächlich zu sicheren Quelle seines Lebensunterhaltes zu machen, muß die Pflicht des Unternehmers zu einer gerechten und gleichmäßigen Lohnzahlung eindringlich betont werden und als hervorragendste Pflicht aus dem Arbeitsvertrage bezeichnet werden. —

a) Lohnhöhe (Inhalt der Lohnzahlungspflicht).

Der Unternehmer hat grundsätzlich den vereinbarten Lohn zu zahlen. Während früher die Höhe des Lohnes, auf die sich

[105]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 38.
[106]) Vgl. die Ausführungen Dersch's, in AOG, S. 31.

vor allem der Kampf der Unternehmer und Arbeiter bezog, meistenteils in den Tarifverträgen der Verbände beider Teile festgesetzt wurde, wobei aber sehr oft der Staat eingreifen mußte, da sich die Anschauungen hier am schärfsten entgegentraten, ist heute die Lohngestaltung vor allem auf den einzelnen Betrieb abgestellt. Gerade aus dem Grunde, daß wegen der verschiedenen wirtschaftlichen Bedingungen der einzelnen Betriebe, die sich vielfach aus der örtlichen Lage des Betriebes ergibt, die Lohngestaltung nicht immer schematisiert und nivelliert werden kann, ist die betriebliche Regelung in den Vordergrund gerückt worden, die ein Eingehen auf die verschiedenen Verhältnisse gestattet. Trotzdem ist die Bestimmung über die Höhe des Lohnes nicht Mußbestimmung der Betriebsordnung, sondern sie ist in das Belieben des Führers des Betriebes gestellt. Wo es sich als notwendig erweist, hat außerdem der Treuhänder das Recht und die Pflicht, die Lohnfrage, als wichtigste Frage des Arbeitslebens, in der Tarifordnung zu regeln (§ 32, Abs. II AOG). Will er feste Tarifordnungen nicht aufstellen und den einzelnen Betrieben Spielraum lassen, so kann er den Weg der Richtlinien wählen (§ 31, Abs. I AOG). Das wird hauptsächlich für die Lohngestaltung in den Kleinbetrieben der Fall sein, die keine Betriebsordnung haben können, in denen der Lohn also in erster Linie und grundsätzlich nur durch den Einzelarbeitsvertrag geregelt werden kann — soweit nicht eben eine Tarifordnung vorliegt, die ja aber nur als Ausnahme in Frage kommen soll [107]).

Gerade in bezug auf die Lohnfestsetzung ist also der Einzelarbeitsvertrag als Rechtsgrundlage noch von großer Bedeutung oder vielmehr von größerer Bedeutung als im früheren Recht, wo durchweg die Tarifverträge vorherrschten.

Die durch die Betriebsordnung und Tarifordnung festgesetzten Löhne sind Mindestlöhne, und auch dadurch ergibt sich für den Einzelarbeitsvertrag im Hinblick auf das Leistungsprinzip ein gewisser Raum zur Regelung der Lohnzahlung. —

Ist eine Vereinbarung über den Lohn überhaupt nicht getroffen, so ist trotzdem der Lohn zu verlangen, der als übliche Vergütung anzusehen ist. Er gilt dann als stillschweigend vereinbart [108]). Das würde insbesondere dann der Fall sein, wenn die betr. Betriebsordnung oder der Teil der Betriebsordnung, nach dem sich die Lohnzahlung in den Einzelarbeitsverträgen regeln sollte, nichtig sein würde. — In Fällen, in denen die vereinbarte Lohnfestsetzung im Arbeitsvertrage selbst aus irgendeinem Grunde nichtig ist, z. B. weil sie offenbar unbillig ist — Lohnwucher [109]) — (§ 138 BGB), ist nach der h. M. bisher die Ansicht vertreten worden, daß sich der Lohn für die geleistete Arbeit grundsätzlich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte

---

[107]) Vgl. Dersch, AOG, S. 17.
[108]) § 612 BGB; vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 179.
[109]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 6, S. 183.

Bereicherung bemißt[110]). Es ist aber unzweifelhaft, daß der § 812 BGB nicht als sichere Grundlage für den Anspruch auf Vergütung des Beschäftigten anzusehen ist. Es wäre daher eine andere Regelung zu suchen. So könnte man auch hier an die Bestimmung des § 612 BGB in Zusammenhang mit § 242 BGB denken. D. h. an Stelle der wegen Unbilligkeit nichtigen Lohnvereinbarung würde die taxmäßige Vergütung treten, oder — was gerade heute von Bedeutung ist — die in Richtlinien des Treuhänders der Arbeit festgelegte Vergütung für derartige Arbeiten. Andernfalls würde die ortsübliche Vergütung zu gelten haben. Man könnte aber auch daran denken, in einem derartigen Falle, da wegen Nichtigkeit der ursprünglichen Lohnvereinbarung der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, dem Beschäftigten das Recht aus den §§ 315, 316 BGB zuzugestehen[111]), was ebenfalls auf die Festsetzung einer Vergütung nach billigem Ermessen hinauslaufen würde. — Für den Fall, daß ein Arbeitsvertrag gänzlich nichtig ist, ist ebenfalls nicht § 812 BGB anzuwenden[112]). Es ist bereits oben — 2. Teil, III, 4 — eingehend die Bedeutung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne eines Rechtsverhältnisses in der neuen Arbeitsordnung behandelt worden. Die Ansicht von Mansfeld-Pohl, die in einem derartigen Falle ohne diese Rechtsfigur des Beschäftigungsverhältnisses auszukommen glauben und den Anspruch auf Lohn nur auf die Bestimmungen über die ungerechtfertige Bereicherung stützen wollen[113]), ist dabei abgelehnt worden, da aus verschiedenen Gründen eine feste rechtliche Bindung zwischen Unternehmer und Beschäftigtem in einem derartigen Falle nicht entbehrt werden kann. Demgegenüber hat Dersch gezeigt[114]), daß ein Beschäftigungsverhältnis, das ein auf tatsächlicher Grundlage beruhendes Rechtsverhältnis sei, die Lücken ausfüllen könnte, die bei Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages entstehen würden. Da einem derartigen Beschäftigungsverhältnis gegenseitige Rechte und Pflichten entspringen würden, so würde auch der Anspruch auf Lohn sich aus diesem Rechtsverhältnis ergeben. D. h. es würde sich der Inhalt und der Lohn entsprechend den Bestimmungen der §§ 157, 612 BGB regeln[115]). Oder man könnte in derartigen Fällen grundsätzlich das „Venire contra factum proprium" anwenden, sodaß der Unternehmer, der durch Annahme der Arbeitsleistung den Vertrag als gültig behandelt hat, für die Vergangenheit nach Treu und Glauben für verpflichtet zu halten ist, sich insoweit nun auch hinsichtlich seiner Leistung so behandeln zu lassen, als sei der Vertrag gültig[116]). Auch dann würde aber hinsichtlich der Lohngestaltung

[110]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 179.
[111]) Vgl. RAG vom 26. VII. 1933, Nr. 142/33.
[112]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 179 und die dort geäußerten Bedenken gegen die Anwendung des § 812 BGB.
[113]) a. a. O., S. 90; vgl. auch Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 288.
[114]) in Arb.R.Prax., 1930, S. 144, auch in AOG, S. 176.
[115]) Vgl. Dersch in AOG, S. 178.
[116]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 179.

die Regelung der §§ 157, 612 BGB eingreifen. — Es ist noch darauf hinzuweisen, daß heute für die Gefolgschaft (§ 26 AOG) und für die Betriebsangehörigen (§ 30 AOG) zwanglos als Ermächtigung für die normenschaffende Stelle, d. h. den Führer des Betriebes, verstanden werden kann, auch vertraglose Arbeitsverhältnisse (Beschäftigungsverhältnisse) ausdrücklich in die Normengeltung der Betriebsordnung einzubeziehen [117]), während früher sich mangels gesetzlicher Delegation die Normengeltung nicht auf derartige vertragslose Beschäftigungsverhältnisse ausdehnen konnte. Es würde also heute, bei Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages, eine klare Regelung sich im Falle des Vorliegens einer derartigen Betriebsordnung ergeben können, wenn man auch nicht grundsätzlich auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung abstellen würde. —

Die Bezahlung von evtl. geleisteten Überstunden ist bereits oben im Abschnitt C. II. 2, b grundsätzlich behandelt worden. Die Höhe der Vergütung für Überstunden regelt sich auch heute noch vor allem nach der AZVO (Arbeitszeitverordnung vom 21. Dezember 1923 in der Fassung vom 14. April 1927), und zwar nach dem § 6 a AZVO. Demnach hat der Beschäftigte für Mehrarbeit einen Anspruch auf angemessene Vergütung über den Lohn für die regelmäßige Arbeitszeit hinaus (§ 6 a, Abs. I). Es wird zwar meistenteils in der Betriebsordnung oder einer Tarifordnung festgesetzt sein, wie hoch im einzelnen der Überstundenlohn sein soll; wenn dies aber nicht geschehen ist, so kann der Unternehmer nun nicht von sich aus im einzelnen Falle bestimmen, ob und welcher Lohn für die Überarbeit gezahlt wird [118]). Vielmehr ist dann entweder die Festsetzung nach § 6 a, Abs. II AZVO in einer Vereinbarung der beiden Beteiligten zu treffen, oder aber, wenn eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist, hat als angemessene Vergütung ein Zuschlag von 25 vom Hundert zu dem üblichen Lohn zu gelten. Daraus geht bereits hervor, daß also — auch in einer Vereinbarung — grundsätzlich davon auszugehen ist, daß Überstundenarbeit „angemessen höher" als die Normalarbeitszeit zu entlohnen ist [119]). Gegenstand des Anspruchs auf Überstundenbezahlung ist jede den festgelegten Arbeitstag oder die Arbeitswoche übersteigende Arbeitszeit, und zwar auch dann, wenn länger als 10 Stunden gearbeitet wird, soweit § 9 AZVO dies zuläßt, d. h. ganz gleich, ob es sich um Mehrarbeit im Sinne einer die gesetzliche Normalarbeitszeit überschreitenden Arbeit handelt oder

---

[117]) Vgl. Dersch, AOG, S. 176.

[118]) Vgl. hierzu die ständige Rechtsprechung des RAG; Dersch in DAR, 1933, S. 11.

[119]) Vgl. hierzu Dersch, DAR, S. 11. — Wieweit in bestimmten Fällen nur der normale Lohn verlangt werden kann oder aber auch einmal der Anspruch ganz zu erlassen ist, so z. B. in Fällen einer notwendigen Überarbeit infolge von Naturereignissen, Unglücksfällen, Notfällen usw. die den Betrieb in Mitleidenschaft ziehen, vgl. § 6a, Abs. I, Satz 2 und oben: dieser Teil, C. II. 2, b. —

lediglich um eine Überschreitung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit [120]). —

b) Zeit- und Akkordlohn.

Die Berechnung des tatsächlich zu zahlenden Lohnes aus dem Vertrage ist im bisherigen Recht hauptsächlich davon abhängig gewesen, ob es sich um Zeit- oder um Akkordlohn handelte. In beiden Fällen bildet zwar die Grundlage der Lohnberechnung die Arbeitsleistung. Während der Lohn sich aber bei Zeitlohn nach der Dauer der geleisteten Arbeit richtet, wobei festbestimmte Zeiteinheiten zu Grunde gelegt werden, bemißt sich der Akkordlohn nach dem Ergebnis der geleisteten Arbeit, vor allem nach der Stückzahl. Im Falle des Zeitlohnes ist also einfach der meistenteils in der Tarifordnung, Betriebsordnung, im Arbeitsvertrag oder aber auch gesetzlich festgelegte Lohnsatz auf die im Einzelfalle in Betracht kommende Arbeitszeit anzuwenden, d. h. auf den Normalarbeitstag oder die Normalarbeitswoche. Hier ergibt sich demgemäß regelmäßig ein fester Stunden-, Tages- oder Wochenlohn. Anders ist es beim Akkordvertrag, der eine Art Leistungslohn darstellt. Denn hier ist zwar auch der Sollbetrag im voraus festgesetzt, sodaß sich grundsätzlich der Lohn aus der Zusammenzählung der abgelieferten Stücke ergibt [121]), doch wird das Ergebnis dadurch sehr verändert, daß die geleistete Arbeit unvorschriftsmäßig, geringfügig oder mißlungen sein kann [122]). Denn im Akkordvertrag sind regelmäßig in dieser Hinsicht Abreden enthalten, daß Unvorschriftsmäßigkeiten des Arbeitsergebnisses zu Abzügen von dem sich nach der Stückzahl an sich ergebenden Akkordlohn berechtigen sollen. Ja, das RAG läßt Abzüge bereits dann zu, wenn diese in dem betr. Wirtschaftszweig üblich sind [123]). Ebenso hat der Beschäftigte, da er ja nach Maßgabe des Arbeitsergebnisses bezahlt wird, nur Anspruch auf Bezahlung der erreichten Stückzahl, auch wenn er z. B. unter der regelmäßig erreichten Stückzahl bleibt. Wenn das Arbeitsergebnis dagegen mißlingt, ohne daß den Arbeiter ein Verschulden trifft, oder die Geringfügigkeit des Arbeitsergebnisses hat sich daraus ergeben, daß ihm nicht genug Arbeit zugewiesen ist, so hat er einen Anspruch auf den Lohn, den er vermutlich erhalten hätte, wenn das Arbeitsergebnis nicht mißlungen wäre, oder den er verdient hätte, wenn ihm genug Arbeit zugewiesen worden wäre. — Die Einrichtung des Akkordlohns beruht also nicht auf einem Leistungsgrundsatz, wie wir ihn heute verstehen, sondern er ist einzig und allein auf den Menschen als Arbeitsmaschine abgestellt [124]). Es

[120]) Vgl. für früher: (Kaskel-)Dersch, S. 176.

[121]) Grundsätze für die Berechnung der Akkordarbeit hat nach § 27 AOG, Ziff. 3, jede Betriebsordnung unbedingt zu enthalten, soweit in dem betr. Betriebe im Akkord gearbeitet wird.

[122]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 181.

[123]) (in Bensh. Samml., Bd. 6, 605; 9, 230).

[124]) Vgl. die Ausführungen Dr. Ley's, in „Der Deutsche", vom 3. III. 1934. —

wird die Masse der geleisteten Arbeit bezahlt, nicht die besondere Güte; d. h. die Güte der Arbeit wird nur in Betracht gezogen, wenn es sich darum handelt, den an sich verdienten Stücklohn für besonders minderwertige Stücke herabzusetzen. Somit wirkt sich der Akkordlohn nur scheinbar für den Arbeiter günstiger aus als der Zeitlohn. Um möglichst gut zu verdienen, muß er versuchen, so schnell wie möglich zu arbeiten; möglichst viel zu schaffen, um eine möglichst hohe Stückzahl zu erreichen. Darunter kann aber sehr oft die Güte leiden, sodaß sich ein größerer Ausfall ergeben kann und somit dem Arbeiter wiederum Abzüge für die infolge der Schnelligkeit schlecht ausgefallenen Stücke zur Last fallen. Der Zeitlohn ist daher, soweit er einen tatsächlich gerechten Lohn vorsieht, dem Akkordlohn vorzuziehen, da dieser sehr oft zur Ausbeutung und zu einer Arbeitsweise führt, die nicht im Einklang mit einer Vermenschlichung des Arbeitslebens — einer wesentlichen Forderung des nationalsozialistischen Staates — steht. Dagegen muß durch Verbindung des Leistungsprinzips mit dem Zeitlohn die Möglichkeit geschaffen werden, daß der wirklich tüchtige Arbeiter sich auch bei Zeitlohn so stellen kann, wie er bei Akkordlohn an sich stehen würde. Durch das nationalsozialistische Leistungsprinzip sind also die Vorteile des Akkordlohnes in einem für den Arbeiter und für die Güte der geleisteten Arbeit günstigen Sinne mit dem Zeitlohn zu verbinden. —

c) Das Leistungsprinzip.

Der nationalsozialistische Staat verneint trotz seiner grundsätzlichen Betonung des Vorranges der Gemeinschaft die Einzelpersönlichkeit nicht. Innerhalb der Gemeinschaft soll nicht ein alles gleichmachender Massegedanken herrschen, sondern in der Gemeinschaft soll gerade die Einzelpersönlichkeit zu ihrer wahren Bedeutung gelangen, d. h. ihrem Werte für die Gemeinschaft entsprechend. Im Sinne dieser Anschauung soll „dem Einzelnen das Seine" gewährt werden und soll seine persönliche Leistung anerkannt werden. Wie in allen Lebensgebieten des Volkes soll dieser Grundsatz der Leistungsbewertung vor allem im Arbeitsleben durchgeführt werden. Er gibt die Möglichkeit, gerade den Arbeitsmenschen aus seiner Massegebundenheit herauszuheben und ihm zu zeigen, daß seine Leistung als eigene bewertet wird, daß sie nicht mit allen anderen „über einen Kamm geschoren wird", sondern daß ihr Eigenwert beachtet und anerkannt wird.

Das nationalsozialistische Leistungsprinzip unterscheidet sich also wesentlich von der Leistungsbewertung, die dem Akkordlohn zu Grunde liegt. Denn es bezieht sich nicht so sehr und nicht in erster Linie auf die Masse der geleisteten Arbeit, ohne Rücksicht auf deren Güte, sondern es soll vor allem auf die Güte und den Wert der einzelnen Arbeit zur Anwendung kommen. Während es bei jener grundsätzlich darauf ankommt, quantitativ viel zu erreichen, — wenn die einzelne Arbeitsleistung auch eben nur den

Durchschnitt erreicht und nicht als besonders minderwertig aus dem allgemeinen Rahmen fällt, — kommt es bei dem nationalsozialistischen Leistungsprinzip darauf an, qualitativ hochwertige Arbeit zu leisten, die höher bewertet werden soll. Es soll also der Arbeitsmensch besser gestellt werden, der bessere Arbeit leistet und seinen ganzen Fähigkeiten und Anlagen entsprechend eine Heraushebung verdient. Das Leistungsprinzip ist also, wie aus diesen Grundsätzen zu ersehen ist, auf die Einzelpersönlichkeit ausgerichtet. —

Es fragt sich nun, wie es praktisch zur Anwendung gebracht wird. Ohne Zweifel gibt der § 29 AOG, in dem der Leistungsgrundsatz festgelegt ist, noch nicht ohne weiteres dem einzelnen Betriebsangehörigen einen Anspruch auf Leistungszuschläge als bürgerlichrechtlich schlüssigen Anspruch[125]), solange die Leistungszuschläge noch nicht in die Betriebsordnung, wie § 29 es verlangt, aufgenommen sind, die dann wiederum als objektive Rechtsnorm automatisch alle Einzelarbeitsverträge des betr. Betriebes dementsprechend formt. Wenn aber eine Betriebsordnung überhaupt von der Befugnis zur Festsetzung des Arbeitsentgelts Gebrauch macht, so muß dies dann auch in der Weise geschehen, daß für die seinen Leistungen entsprechende Vergütung des einzelnen Betriebsangehörigen Raum bleibt[126]). Die Auswirkung der in der Betriebsordnung enthaltenen Leistungszuschläge zeigt sich aber stets im Einzelarbeitsvertrag, denn der jeweilige Lohnsatz für den einzelnen Beschäftigten kann sich nur aus den vertraglichen Abmachungen ergeben[127]). Der § 29 AOG stellt also nur einen Grundsatz für die Gestaltung dieser einzelvertraglichen Abmachungen auf. So wie der einzelne Beschäftigte daher seinen Anspruch auf Leistungszulage nicht aus § 29 herleiten kann (d. h. nicht unmittelbar), vielmehr Grundlage dieses Anspruchs immer die Einzelvereinbarung sein muß[128]), so kann andererseits auch nicht der Unternehmer von sich aus einseitig bestimmen, ob und inwieweit das Leistungsprinzip im einzelnen Falle zur Anwendung kommen soll[129]). Wenn auch durch die in der Betriebsordnung aufgestellten Grundsätze die Einzelarbeitsverträge automatisch dementsprechend gestaltet werden, so geschieht dies doch nur in dem Rahmen, der für alle Einzelarbeitsverträge des Betriebes berechnet ist. Da aber das Leistungsprinzip nicht nur in allgemeiner Weise Bedeutung erlangen soll, sondern seinen wirklichen Wert gerade erst dann erhält, wenn es ganz speziell auf den Einzelfall angewandt wird, läßt sich eine Einzelvereinbarung, in der die Auswirkung des Leistungsgrundsatzes in dem durch die Betriebsordnung gegebenen Rahmen zwischen den beiden Einzelbeteiligten festgelegt wird, nicht erübrigen. So kann die

---

[125]) Vgl. Dersch, AOG, S. 189 zu § 29.
[126]) Dersch, AOG, S. 188.
[127]) So Mansfeld-Pohl, S. 337 zu § 29.
[128]) Mansfeld-Pohl, S. 337.
[129]) So Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 291.

Betriebsordnung immer nur Rahmenbestimmungen hinsichtlich der Vorschrift des § 29, Satz 2, enthalten, wonach „auch im übrigen auf die Möglichkeit einer angemessenen Belohnung besonderer Leistungen Bedacht zu nehmen ist". Die Abwägung, wieweit im einzelnen diesen Grundsätzen zu entsprechen ist, und die Vergleichung der Leistung des betr. Beschäftigten mit den Leistungen der übrigen Beschäftigten des Betriebes kann also auch hier — allerdings immer im Rahmen der von der Betriebsordnung aufgestellten Grundlinien — folgerichtig nur in einer einzelvertraglichen Abmachung erfolgen [130]). — Aber auch wenn in der Betriebsordnung das Arbeitsentgelt nicht festgesetzt ist und auch keine Berücksichtigung des Leistungsgrundsatzes erfolgt ist, so muß über die Bestimmung des § 29 hinaus eine sittliche Pflicht des Unternehmers anerkannt werden, als Auswirkung seiner Treuepflicht gegenüber seinen Beschäftigten, die Betriebsordnung durch einzelvertragliche Abmachungen, die der Leistung des einzelnen Beschäftigten Rechnung tragen, zu ergänzen und dem Beschäftigten dadurch allgemein einen Anspruch auf eine höhere, den Leistungen entsprechende Vergütung zu gewähren [131]). Nicht zuletzt wird durch derartige Möglichkeiten das Interesse am Betriebe und die Verbundenheit mit dem Betriebe bei dem einzelnen Beschäftigten gestärkt, wenn er sieht, daß seine Leistung, seine Arbeit für den Betrieb auch ihrem eigenen Werte entsprechend gewürdigt wird. —

d) Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse aus dem Grundsatze von Treu und Glauben.

Eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und Verhältnisse der beiden Vertragsbeteiligten muß bei der Lohnberechnung auch im Einzelvertrage stattfinden. Wenn bereits der Treuegrundsatz gebietet, daß die beiden Beteiligten des Arbeitsvertrages bei der Regelung ihrer gegenseitigen natürlichen Interessen aufeinander Rücksicht nehmen und nicht mit der ganzen ihnen zur Verfügung stehenden Macht versuchen sollen, ihre eigennützigen Interessen selbst auf Kosten der berechtigten Interessen des anderen Teils durchzusetzen; wenn der Treuegrundsatz von ihnen verlangt, daß sie sich im Bewußtsein ihres Aufeinanderangewiesenseins über den Ausgleich ihrer gegenseitigen Interessen in billiger Rücksichtnahme verständigen sollen [132]), so tritt insbesondere heute für die Regelung der Lohnzahlung, also der Hauptpflicht auf Seiten des Unternehmers, die immer der Hauptstreitgegen-

---

[130]) Vgl. über die einer derartigen Abwägung zu Grunde zu legenden Grundsätze im einzelnen: Dersch, AOG, S. 192.

[131]) Vgl. Mansfeld-Pohl, S. 337.

[132]) So: Lange, in „Deutsches Recht", 1934, S. 534. Vgl. auch ders., „Liberalismus", S. 16/7.

stand der beiden Vertragsbeteiligten gewesen ist, der Grundsatz von Treu und Glauben in Erscheinung, als er — für das Bereich der schuldrechtlichen Vertragspflichten — gebietet, daß eine Leistung so zu bewirken ist, und nur so, wie Treu und Glauben es erfordern. Es kann im praktischen Leben oft vorkommen, daß die Vertragsgrundlage den zeitweiligen Anforderungen an die Regelung der beiderseitigen Beziehungen nicht mehr gerecht wird. Im bisherigen Recht hat der Grundsatz des römischen Rechts „pacta sunt servanda" in derartigen Fällen gegen den deutschrechtlichen Gedanken von Treu und Glauben gestanden, und er hat oft die Oberhand gehabt und dadurch zur Starrheit und Wirklichkeitsfremdheit der Vertragsgrundlage der beiderseitigen Rechtsbeziehungen geführt. Wenn heute die Auslegung des Vertrages bezüglich der Auswirkung der einzelnen Pflichten weitgehend unter den Grundsatz von Treu und Glauben gestellt wird, so soll damit nicht gesagt werden, daß nicht auch weiterhin abgeschlossene Verträge grundsätzlich zu halten sind und daß sich jeder grundsätzlich an die von ihm getätigten vertraglichen Abmachungen zu halten hat. Der Grundsatz von Treu und Glauben soll aber insoweit Bedeutung erlangen, als durch ihn verhindert werden soll, daß der Vertrag als solcher als „abstraktum", d. h. als Selbstzweck an die Stelle eines Vertrages im Sinne eines Mittels zum Zwecke der Regelung von Rechtsbeziehungen zwischen zwei Menschen wird. In dieser Beziehung ist der Grundsatz von Treu und Glauben, den § 242 BGB enthält, so anzuwenden, daß eine Leistung n u r so zu erbringen ist, wie Treu und Glauben es erfordern. — Das führt im Einzelfalle dazu, daß auch einmal von der starren Vertragsgrundlage bei der Bewirkung der Leistungen dann abzuweichen ist, wenn es besondere Umstände in den wirtschaftlichen Verhältnissen des einen oder anderen Vertragsbeteiligten erfordern [133]). Hier gebietet dann Treu und Glauben, daß der andere Vertragsbeteiligte nicht auf einem starren Festhalten an der Vertragsgrundlage bestehen kann, sondern daß er auf diese wirtschaftliche Lage des anderen Teils Rücksicht nehmen und sich mit einer diesen Verhältnissen entsprechenden Leistung zufrieden geben muß. Der Arbeiter hätte daher Rücksicht zu nehmen, wenn die wirtschaftliche Lage des Unternehmens so schlecht ist, daß der Unternehmer tatsächlich nicht mehr, ohne den Betrieb als solchen selbst zu gefährden, die im Vertrage vereinbarten Löhne zahlen kann. Solange daher dieser ungünstige Zustand, der allerdings unverschuldet sein muß, besteht, wird sich daher der Arbeiter mit Löhnen zufrieden geben müssen, die der Betrieb noch tragen kann [134]). Daß dieses Verlangen schon darin begründet ist, daß der Arbeiter ja dadurch selbst an der Erhal-

[133]) Vgl. Lange, Liberalismus, S. 16/7.

[134]) d. h. es müßte hier eine Neuregelung stattfinden. Meistenteils wird ja ohne weiteres eine allgemeine Abänderung der Betriebsordnung in Frage kommen. — Vgl. im übrigen: Danielcik, „Der Treuegedanken im Arbeitsrecht", in „Der Deutsche", Nr. 7, vom 10. Jan. 1934. —

tung seiner eigenen Existenzgrundlage mithilft, soll hier nicht besonders betont werden. — Andererseits ist vom Unternehmer zu verlangen, daß er im Falle eines größeren Gewinns diesen auch seinem Vertragsgenossen, dem Beschäftigten, zugute kommen läßt, der vielleicht bisher sich mit den bescheidensten Löhnen abgefunden hat und, selbst in den schlechtesten wirtschaftlichen Verhältnissen stehend, jederzeit auf die Lage des Unternehmens Rücksicht genommen hat. Hier würde es Treu und Glauben entsprechen, wenn der Unternehmer in Form einer einmaligen größeren Belohnung für die geleisteten guten Dienste oder in der Form von Zulagen für die Zeit der besseren Lage des Betriebes den Lohn des Arbeiters aufbessern würde; wenn nicht eben im Falle einer anhaltenden und endgültigen Besserung der wirtschaftlichen Verhältnisse überhaupt eine vertragliche Aufbesserung in Betracht kommen würde [135]).

Über diese allgemeinen Grundsätze hinaus wird sich die gegenseitige Rücksichtnahme gemäß Treu und Glauben in manchen Einzelfällen zu zeigen haben. So muß es die Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse gebieten, daß dem z. B. durch Krankheit oder ähnliche Gründe in Not geratenen Arbeiter eine besondere Unterstützung über den festen Lohnsatz hinaus gewährt wird, daß ihm im Falle des Vorliegens einer großen Familie einmal eine Wirtschaftsbeihilfe gewährt wird, eine Frauen- oder Kinderzulage, wobei letztere jedoch meistenteils bereits als Bestandteil des Lohnsatzes im Vertrage selbst geregelt sein werden. —

Die Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse gemäß Treu und Glauben verlangt es andererseits, daß der Arbeiter im Falle einer aus besonderer Notlage und Unglücksfällen sich ergebenden Notwendigkeit von Mehrarbeit nicht besonderen Lohn verlangt oder nicht sogar erhöhten Lohn für Überstunden.

Im einzelnen können nicht alle Fälle aufgezeigt werden, in denen Treu und Glauben eine Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des anderen Vertragsteils bei der Bewirkung der Leistung erfordern. Es kann vielmehr nur grundsätzlich darauf hingewiesen werden, daß im Sinne der heutigen Sozialanschauungen auch im Einzelarbeitsvertrage bei der Erfüllung der einzelnen Pflichten auf die wirtschaftliche und soziale Lage des Vertragsgenossen jederzeit Rücksicht zu nehmen ist und dadurch dem Arbeitsvertrag die berüchtigte Starrheit zu nehmen ist, die ihm in der alten Rechtsordnung anhaftete, weil diese eben nicht von dem Standpunkt des gegenseitigen Aufeinanderangewiesenseins der beiden Vertragsbeteiligten ausging, sondern von dem absoluten Interessengegensatz von im Kampfe gegeneinander stehenden Vertragsgegnern. Auch hierin zeigt sich also die neue Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Arbeitsvertrags.

---

[135]) Vgl. Danielcik, a. a. O. —

e) Lohnminderung.

In der alten Rechtsordnung kommt eine Lohnzahlung nur dann in Betracht, — da es sich um einen Vertrag handelt, in dem die Leistung des einen Vertragsteils, hier des Beschäftigten als Vorleistung zu erbringen ist, — wenn die Arbeitsleistung tatsächlich erbracht ist, oder bestenfalls als erbracht gilt [136]). Die Lohnzahlungspflicht wird also durch die Erfüllung der Arbeitsleistungspflicht bedingt. Der Lohn fällt daher weg bzw. mindert sich, wenn die Arbeitsleistung nicht oder nicht so gewährt wird, wie sie nach dem Arbeitsvertrage gewährt werden sollte. Derartige Fälle sind denkbar in der Weise, daß die Arbeit überhaupt nicht geleistet wird, daß sie verspätet geleistet wird, welcher Fall dem ersten — da es sich bei der Arbeitsleistung um zeitgebundene Leistung handelt — praktisch gleichzusetzen ist, weiter daß die Arbeit schlecht geleistet wird und schließlich der Sonderfall, daß die Arbeit infolge irgendeines den Betrieb als solchen betreffenden Ereignisses nicht geleistet werden kann.

aa) Nichtleistung der Arbeit.

Die alte Rechtsordnung hat den Satz aufgestellt, in dem das Wesen eines gegenseitigen Austauschverhältnisses am stärksten in Erscheinung tritt, daß im Fall der Nichtleistung der Arbeit auch kein Lohn zu zahlen ist. Es galt also der Grundsatz des römischen Rechts: Ware gegen Geld! Das war auch die grundsätzliche Auffassung des BGB. Doch sind in ihm und in besonderen gesetzlichen Bestimmungen verschiedene Ausnahmen von diesem Grundsatz aufgestellt für den Fall, daß die Arbeitsleistung darum unterbleibt, weil sie unmöglich ist, oder weil sie vom Unternehmer nicht angenommen wird oder aber weil aus irgendeinem Grunde, meistens gesetzlich vorgesehen, wie z. B. nach dem Mutterschutzrecht, ein Recht zur vorübergehenden Aussetzung der nach dem Vertrage zu leistenden Arbeit besteht.

Das Problem, ob bei Nichtleistung der Arbeit der Lohn zu zahlen sei oder nicht, wurde somit grundsätzlich im alten Recht den Vorschriften des BGB über die Unmöglichkeit der Leistung und den Annahmeverzug des Gläubigers unterstellt, also im grundsätzlichen ebenso behandelt wie die Fälle einer Nichtleistung in den anderen Verträgen des Schuldrechts. Jedoch hat bereits hier das BGB innerhalb der Bestimmungen des Dienstvertrags aus sozialen Gründen heraus besondere, der Eigenart des Dienstvertrags entsprechende Vorschriften aufgestellt, so z. B. die §§ 615 und besonders 616 BGB. In der Wissenschaft und Praxis sind dann diese Gedankengänge, die die Frage der Folgen von Nichtleistung der Arbeit betreffen, weiter im Sinne eines Eingehens auf die sozialen Notwendigkeiten ausgebaut. Aber auch hier ist die-

[136]) Vgl. § 616 BGB als Ausnahme!

selbe Zwiespältigkeit in den einzelnen Meinungen zu sehen, wie sie hinsichtlich der Auffassung vom Wesen des Arbeitsvertrages festzustellen war. So gab es im neueren Recht bereits verschiedene Meinungen, — vor allem sei hier die in der „Risikolehre" zum Ausdruck gekommene Anschauung des RAG genannt —, die bei der Lösung des Problems völlig von der Grundlage der Regelung des BGB abgingen und sie nur auf rein arbeitsrechtliche Gedankengänge abstellten, so vor allem die des RG und RAG, die gerade in dieser Beziehung die Bestimungen des BGB darum ablehnten, weil diese zu individualistisch seien.

Im einzelnen ging die h. M., bevor das RAG die Risikolehre schuf, von dem Standpunkt aus, daß Unmöglichkeit im Sinne des BGB dann vorliege, wenn die Arbeitsleistung sowie sie vereinbart ist, trotz guten Willens des Beschäftigten von diesem nicht bewirkt werden könne, während bei Nichtleistung der Arbeit infolge von Nichtannahme der angebotenen Arbeit durch den Unternehmer Annahmeverzug des Gläubigers im Sinne des Gesetzes vorliege. In dieses System wurden alle vorkommenden Fälle eingeordnet. — Der sprachliche Begriff der Unmöglichkeit der Arbeit im Sinne des tatsächlichen Nichtmöglichseins, der Fälle verschiedenster Art umfaßt, war im Gesetz also nicht mit dem von diesem gebrauchten Begriff „Unmöglichkeit" gleichgesetzt, sondern umfaßte diesen für die Rechtssphäre mit einem besonderen Sinn ausgestatteten Begriff der „Unmöglichkeit der Leistung" und den Begriff des Annahmeverzugs des Gläubigers; beide waren also Unterfälle der faktischen Unmöglichkeit (Unmöglichkeit i. w. S.). Diese Unterscheidung beruht dem Grundsatz nach auf der Feststellung, in wessen Bereich das Arbeitshindernis eingetreten ist. Der Leistungsverzug, den das BGB außerdem kannte, führte, da die Arbeitsleistung regelmäßig zeitgebunden ist, meistenteils praktisch zur Unmöglichkeit der Leistung. Innerhalb der Unmöglichkeit im Sinne des Gesetzes waren wiederum verschiedene Unterarten enthalten, an deren Tatbestände die verschiedensten, oft entgegengesetzten Rechtsfolgen geknüpft waren. Auch ging das Gesetz und die allgemeine Anschauung für seinen Begriff der Unmöglichkeit in mancher Beziehung über den sprachlichen Begriff der Unmöglichkeit hinaus, indem auch dann von Unmöglichkeit gesprochen wurde, wenn die Bewirkung der Leistung nicht nur gänzlich ausgeschlossen war, weil ihr tatsächlich unüberwindliche Hindernisse entgegenstanden, sondern auch dann, wenn der Bewirkung der Leistung derartige Hindernisse entgegenstanden, die zu überwinden dem Arbeiter billigerweise nicht zugemutet werden könnte [137]). In diesem Falle wurde also bereits damals auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abgestellt.

Die Unmöglichkeit i. e. S., die nach dem BGB vorliegt, wenn der Schuldner die Leistung, zu der er kraft des Schuldverhältnis-

[137]) Vgl. Titze, „Unmöglichkeit", S. 2 u. 9).

ses verpflichtet ist, nicht erbringen kann, wird weiter unter verschiedenen Gesichtspunkten insofern betrachtet, als man eine anfängliche oder ursprüngliche im Gegensatz zu der nachträglichen Unmöglichkeit unterscheidet. Und zwar je nachdem, ob die Unmöglichkeit erst während der Dauer des Vertrages entsteht oder bereits bei Abschluß, also bei Entstehung des Vertrages vorhanden ist.

Im letzteren Falle ist gemäß § 306 BGB der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag als nichtig anzusehen. Dabei wird aber wieder der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver anfänglicher Unmöglichkeit gemacht. Nichtigkeit soll nur bei objektiver anfänglicher Unmöglichkeit eintreten. Bei der subjektiven anfänglichen Unmöglichkeit, dem „bloßen Unvermögen zur Leistung" jedoch wird der Vertrag als gültig angesehen, abgesehen von einem Anfechtungsrecht gemäß § 119 BGB [138]).

Bei der nachträglichen Unmöglichkeit dagegen wird der Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nicht gemacht. Sie werden hier einander grundsätzlich gleich gestellt (§ 257 II BGB). Der Lohnanspruch wird hierbei dann — die wesentliche Frage — danach bestimmt, wer die Unmöglichkeit zu vertreten hat, ob Unternehmer oder Arbeiter. Wenn der Unternehmer die diese Unmöglichkeit herbeiführenden Umstände zu vertreten hat, so behält der Arbeiter unter Anrechnungspflicht seinen Lohnanspruch. Hat jedoch der Arbeiter die Unmöglichkeit zu vertreten, so z. B. weil er selbst in irgendeiner Weise nachlässig gehandelt hat und dadurch nicht zur Arbeit erscheinen konnte, so verliert er den Lohnanspruch in vollem Umfange. Er kann sich darüber hinaus sogar dem Unternehmer gegenüber schadensersatzpflichtig machen. Außerdem steht dem Unternehmer gemäß § 626 BGB ein Recht zur fristlosen Kündigung zu. – Vom Arbeiter zu vertreten ist nach diesen Grundsätzen in der Regel jede irgendwie durch sein Verhalten verschuldete Unmöglichkeit, wenn z. B. die Verhinderung an der Nichtleistung durch sein eigenes unverständiges, leichtfertiges oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten herbeigeführt worden ist [139]).

Schwierigkeiten treten in diesem System aber besonders dann ein, wenn die Unmöglichkeit weder vom Arbeiter noch vom Unternehmer zu vertreten ist.

Hier stellt für den Fall, daß der Arbeiter unverschuldet an der Arbeit verhindert worden ist, das Dienstvertragsrecht des BGB eine Ausnahme von der grundsätzlichen Regelung des § 323 auf: den § 616 BGB speziell für die Arbeitsleistung. Und zwar für den Fall, daß es sich nur um eine verhältnismäßig kurze Zeit handelt und die Unmöglichkeit zwar in der Person des Arbeiters begründet liegt, von diesem aber nicht zu vertreten ist. Wann es sich um eine derartige „nicht erhebliche Zeit" handelt, wurde

[138]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 185; Titze, „Unmöglichkeit"; für viele
[139]) Hueck-Nipperdey, S. 221; RAG in Bensh. Samml., Bd. 6, S. 206; Bd. 8, S. 52 u. a.

als Tatfrage auf den einzelnen Fall abgestellt. Grundsätzlich sollte sie nach der Dauer des Vertrages und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertrages zu entscheiden sein. Falls aber eine Verhinderung für erhebliche Zeit vorliegt, entfällt nach dieser Regelung der Lohnanspruch ganz [140]). — Jedoch gilt § 616 BGB eben als Ausnahmesatz. Es konnte also nicht mittels „argumentum a maiori" gefolgert werden, daß der Arbeiter auch dann seinen Anspruch behalten müsse und erst recht, wenn ihm durch einen außerhalb seiner Person liegenden Grund die Leistung der Arbeit unmöglich wird, z. B. durch allgemeine Hindernisgründe wie Seuchen, Aufstand, Verkehrssperren usw. Hier wurde also nicht § 616, sondern nur § 323 BGB angewandt.

Das BGB und die der Regelung des BGB folgende Wissenschaft kennt aber innerhalb des sprachlichen Begriffs der Unmöglichkeit neben der gesetzlichen Unmöglichkeit i. e. S., wie bereits gesagt, außerdem den Annahmeverzug des Gläubigers. Dieser liegt dann vor, wenn der Arbeiter dadurch an der Arbeit verhindert wird, daß der Unternehmer aus irgendwelchen Gründen seine Arbeit nicht annimmt (§§ 293 ff. BGB). Zwar wurde ein Recht auf Beschäftigung grundsätzlich nicht bejaht, der Unternehmer demensprechend nicht als verpflichtet angesehen, den Arbeiter auch tatsächlich zu beschäftigen. Im Falle des erfolgten Angebots der Arbeitsleistung durch den Arbeiter aber befindet sich nach den Bestimmungen des BGB der Unternehmer im Annahmeverzug, sodaß er demgemäß die Gegenleistung seinerseits trotzdem zu erbringen hat. Wieweit das Vorliegen des Annahmeverzugs bejaht wurde, hing davon ab, wieweit man ein Mitwirkungsrecht des Unternehmers an der Erbringung der Arbeitsleistung seitens des Arbeiters annahm. Denn da ja der Arbeiter unselbständige Arbeit leistet, im Betrieb, mit den Werkzeugen, dem Material und an den Maschinen des Unternehmers, nach dessen Anweisungen in Bezug auf Ort, Zeit und Gegenstand, so wurde daraus eine gewisse Mitwirkung des Unternehmers gefolgert, die eben in der Bereitstellung der Arbeitsräume, der Werkzeuge, des Materials usw. und in den bestimmten Anweisungen des Unternehmers gesehen wurde. Das Unterlassen dieser Mitwirkungshandlungen, wozu auch das Unterlassen bzw. die Verletzung der Fürsorgepflichten gerechnet wurde, wurde daher gemäß § 295 BGB einer ausdrücklichen Nichtannahme gleichgestellt, sodaß Annahmeverzug bejaht wurde [141]). In allen diesen Fällen des Annahmeverzuges ist nach dem BGB der Arbeiter trotz Nichtleistung der Arbeit berechtigt, seinen vertragsmäßigen Lohn zu verlangen.

Bemerkenswert ist dabei, daß der Annahmeverzug nach dem BGB nicht nur dann gegeben ist, wenn ein Verschulden vorliegt,

[140]) Nipperdey-Staudinger, zu § 616, II 2; Kaskel-Dersch, S. 186; a. M. RAG in Bensh. Samml., Bd. 6, S. 206; Hueck-Nipperdey, S. 22.

[141]) Sinzheimer, S. 159; Oertmann, S. 129; Richter, S. 80; Kaskel-Dersch, S. 169 u. a. vgl. auch RGE 103, S. 274.

sondern im Gegensatz zum Leistungsverzug des BGB kann dieser auch ohne ein Verschulden des Gläubigers, also des Unternehmers eintreten (§ 293 BGB). Der Unternehmer muß also auch derartige, von ihm nicht verschuldete Fälle, die ihn an der Annahme der Arbeit hindern, vertreten. —

Es fragt sich nun, ob heute, wo der Arbeitsvertrag als Vertrag eigener Art anzuerkennen ist, dieses System des BGB und die sich auf die Regelung des BGB stützende Lehre für die Regelung der Frage, was bei Nichtleistung der Arbeit aus den bisher behandelten Gründen geschehen soll, zu übernehmen ist. Unzweifelhaft hat sich gezeigt, daß eine Abgrenzung nach diesem System in vielen Fällen auf Schwierigkeiten stoßen muß. Es ist zu unübersichtlich, zu schematisch und läßt zu wenig Spielraum für das Eingehen auf den einzelnen Fall, und es berücksichtigt schließlich fast kaum die sozialen Erfordernisse, die an die Lösung dieser Frage zu stellen sind. Es ist daher festzustellen, daß das System des BGB, das von der Konstruktion einer Aufteilung aller Fälle einer Nichtleistung der Arbeit in „Unmöglichkeit der Leistung" einerseits und „Annahmeverzug" andererseits ausgeht, für den Arbeitsvertrag nicht mehr anwendbar ist [142]). Es muß vielmehr eine Neueinteilung gesucht werden. Auszugehen ist davon, daß der Arbeitsvertrag die Lebensgrundlage des Arbeiters ist und daher von größter Bedeutung im Leben des Volkes. Diese Lebensgrundlage muß ihm soweit gesichert und erhalten werden, wie irgendmöglich, d. h. vor allem muß ihm der feste Lohnbezug gesichert werden. Aus diesen Erwägungen heraus und in Verbindung mit der Treue- und Fürsorgeverpflichtung des Unternehmers gegenüber seinem Beschäftigten im neuen Recht hat grundsätzlich zu gelten, daß im Falle einer Nichtleistung der Arbeit dann der Lohn nicht entzogen werden darf, wenn die Nichtleistung der Arbeit nicht vom Arbeiter verschuldet ist. Hat er jedoch die Nichtleistung verschuldet, ist es selbstverständlich, daß auch sein Anspruch auf Lohn entfällt. In allen anderen Fällen wäre also, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die Nichtleistung nun in der Person des Arbeiters begründet ist oder nicht, ob sie im Sinne des alten Rechts vom Unternehmer zu vertreten ist oder von keinem von beiden, grundsätzlich der Lohn weiterzuzahlen. — Es sind hierbei jedoch verschiedene Einschränkungen zu machen Es ist selbstverständlich, daß der Beschäftigte, der für sehr erhebliche Zeit an der Arbeit aus irgendeinem, von ihm nicht verschuldeten Grunde verhindert ist, nicht für diese ganze Zeit den Lohn verlangen kann. Vielmehr würde er ihn nur für eine Zeit der Arbeitsverhinderung verlangen können, die zu der Dauer seines Arbeitsvertrages und zur Dauer seiner bisherigen Zugehörigkeit zum Betrieb in einem angemessenen Verhältnis steht. Diese Angemessenheit ist nach dem Grundsatze von Treu und Glauben zu bestimmen. — Es ist weiter als angebracht zu betrachten, daß der Beschäftigte für den Fall, daß er längere Zeit — die jedoch

[142]) Vgl. Dersch in DAR 1933, S. 10.

nicht zu kurz bemessen sein darf, also im Verhältnis zur Dauer des Arbeitsvertrages ins Gewicht fallen muß — an der Arbeit verhindert ist, z. B. durch Krankheit, nicht den vollen Lohn verlangen kann, besonders wenn eine solche Zahlung dem Betriebe schwer fallen würde. In Fällen dagegen, in denen es sich um eine kurze Arbeitsversäumnis handelt, die überhaupt im Rahmen des ganzen Vertrages nicht ins Gewicht fällt, wenn der Beschäftigte z. B. einmal eine oder mehrere Stunden an der Arbeitsleistung verhindert ist, würde billigerweise der Lohn ohne weiteres weiter zu entrichten sein. Die Treuepflicht gebietet es dem Unternehmer, daß er nicht einer geringfügigen Arbeitsversäumnis wegen, die der Arbeiter nicht verschuldet hat, sofort dementsprechend den Lohn kürzt.

Über allen diesen Fällen, über dieser grundsätzlichen Regelung hat aber die eine Ausnahme zu stehen, daß das Gemeininteresse dem Einzelinteresse vorzugehen hat. Wenn also, völlig abgesehen davon, aus welchem Grunde die Arbeitsleistung nicht erbracht werden kann, durch die Bezahlung des Lohnes oder des vollen Lohnes trotz Nichtleistung der Arbeit die Existenz des Betriebes selbst unmittelbar gefährdet wird, so gebietet es die Treuepflicht — und zwar nicht so sehr gegenüber dem Unternehmer, als den übrigen Mitarbeitern der Gemeinschaft, dem ganzen Volke und dem Staate gegenüber — daß der Arbeiter zugunsten einer Erhaltung des Betriebes und einer Erhaltung der Betriebssicherheit, mit der ja auch die Sicherheit seiner eigenen Lebensgrundlage, seiner Existenz verbunden ist, für diese Zeit der Nichtleistung der Arbeit seinen auch an sich berechtigten Lohnanspruch erläßt oder im betreffenden Falle nicht die volle Lohnzahlung geltendmacht, sondern sich mit einem Teilbetrag begnügt. Die Erhaltung des Betriebes ist also höchster Grundsatz. Aber auch nur in diesem Falle hat heute noch der Satz: „Ohne Arbeit auch kein Lohn" — abgesehen von der selbstverschuldeten Einbuße des Lohnes — Bedeutung. Im übrigen hat er der neuen Anschauung zu weichen, daß, wenn irgendmöglich, dem Arbeiter sein beständiger Lohn zu zahlen ist und ihm dadurch auch einmal über Zeiten hinwegzuhelfen ist, in denen er unverschuldet an seiner Arbeitsleistung verhindert ist. — Soweit diese Fragen das Problem der Verteilung des Betriebsrisikos berühren, für das vor allem in der Rechtsprechung des RG und RAG bestimmte Richtlinien entwickelt sind, werden sie weiter unten (S. 156 ff.) noch Erwähnung finden.

bb) Mangelhafte Leistung.

Im bisherigen Recht wurde die mangelhafte Leistung grundsätzlich nur dann mit der Folge einer Minderung des Lohnes berücksichtigt, wenn eine dementsprechende Vereinbarung im Vertrag getroffen war. Eine solche Abmachung war vor allem im

Akkordvertrag üblich[143]). Mangels ausdrücklicher Vereinbarung sollte jedoch der Unternehmer kein Recht zur Herabsetzung des Arbeitslohnes wegen Mangelhaftigkeit haben. Diese Anschauung wird besonders darauf gestützt, daß im Gegensatz zu anderen Verträgen des BGB, wie Kauf-, Miet- und Werkvertrag, das Recht des Dienstvertrages keine Vorschriften über Minderung des Arbeitslohnes bei mangelhafter Arbeitsleistung enthält. Abgesehen davon, daß der Unternehmer in derartigen Fällen ein Recht auf Schadensersatz oder auf Kündigung aus wichtigem Grunde hat, evtl. auch zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrtums über wesentliche Eigenschaften des Beschäftigten berechtigt gehalten wurde, bleibt also nach dieser Ansicht der Unternehmer verpflichtet, auch bei mangelhafter Arbeitsleistung für die Dauer des Vertrages den ausbedungenen Lohn voll weiter zu zahlen[144]).

Aus der Tatsache, daß das nationalsozialistische Leistungsprinzip nicht nur positive Leistungen betreffen soll, sondern auch negative, d. h. nicht nur über dem Durchschnitt stehende, sondern auch unter diesem stehende Leistungen erfassen soll, würde sich für das Problem der Behandlung mangelhafter Leistungen ergeben, daß eine Schlechtleistung dann durch Minderung des Lohnes zu berücksichtigen ist, wenn sie nicht eben einmalig ist, sondern in der Person dieses bestimmten Arbeiters begründet ist, der ständig mangelhafte oder schlechte Leistungen erbringt. Ebenso wie im Falle besonders guter Leistungen über den allgemeinen Lohnsatz hinausgegangen werden soll, könnte daher an die Möglichkeit gedacht werden, in Fällen besonders schlechter Leistungen in der Entlohnung unter die mittlere Linie herunterzugehen. Soweit also die Betriebsordnung Grundsätze für die Lohnzahlung aufstellt, müßten die Entgeltssätze dann so bemessen sein, daß sie niedriger als die Durchschnittssätze des Betriebes liegen[145]). Denn da die Bestimmungen der Betriebsordnung nach unten hin unabdingbar sind, wäre andernfalls in Fällen schlechter Leistungen ein Ausweichen hinsichtlich der Lohngestaltung nach unten nicht möglich. Wenn daher § 29 sagt, daß die Bestimmungen einer Betriebsordnung über das Arbeitsentgelt Mindestsätze sind, die mit der Maßgabe aufzunehmen sind, daß für die den Leistungen der einzelnen Betriebsangehörigen entsprechende Vergütung Raum bleibt, so ist damit zwar eindeutig gesagt, daß diese Bestimmungen nicht unterschritten werden können und zumindest in dieser Höhe automatisch den Inhalt der Einzelarbeitsverträge des Betriebes gestalten. Es ist aber nicht gesagt, daß diese Mindestsätze den allgemeinen Durchschnitt darstellen sollen. Vielmehr geht gerade aus der Bezeichnung und Bestimmung als „Mindestsätzen" hervor, daß der allgemeine Durchschnitt über diesen Mindestsätzen,

---

[143]) — Das RAG hat sogar eine stillschweigende Abmachung bei Üblichkeit angenommen — vgl. hierzu Kaskel-Dersch, S. 190/1.

[144]) Kaskel-Dersch, S. 191; RAG in Bensh. Samml., Bd. 6, S. 305, Bd. 9, S. 230; Hueck-Nipperdey, S. 427.

[145]) So Mansfeld-Pohl, S. 337.

d. h. dem fest garantierten Existenzminimum, liegen muß. Damit ist dann aber auch die Möglichkeit gegeben, schlechteren Leistungen in der Entlohnung Rechnung zu tragen, indem also für unter dem Durchschnitt liegende Arbeitsleistungen ohne weiteres die Mindestsätze der Betriebsordnung gelten. Die durchschnittlichen Lohnsätze aber sind — wofür bereits in der Betriebsordnung Grundsätze aufgestellt sein können — in den Einzelarbeitsverträgen festzulegen, d. h. in ihnen ist ein Lohnsatz zu vereinbaren, der über den Mindestsätzen der Betriebsordnung zu liegen hat [146]). Besonders gute, über diesem Durchschnitt liegende Leistungen sind dann nach den bereits erörterten Grundsätzen über dieser mittleren Linie zu entlohnen. —

Es ist jedoch noch eine zweite Möglichkeit einer Berücksichtigung von Minderleistungen gegeben. Denn es ist als unzulässig anzusehen, daß in der Betriebsordnung von vornherein allgemeine Ausnahmen von den festen Lohnsätzen vorgesehen werden, z. B. für Minderleistungsfähige besonderer Art, also z. B. für Beschäftigte, die wegen Unfallbeschädigung und dergl. zu einem erheblichen Vonhundertsatz in ihrer Arbeitsfähigkeit beschränkt sind [147]). Es würde sich hierbei um die sogen. „Minderleistungsklausel" handeln, die nach der ständigen Rechtsprechung des RAG zum alten Tarifvertragsrecht in diesen engen Grenzen und für diese besondere Gruppe von Beschäftigten als zulässig anzusehen ist [148]). Dagegen verstößt es unzweifelhaft gegen den Grundsatz der unabdingbaren Mindestregelung, „wenn auch über eine solche genügend scharf umrissene Gruppenregelung hinaus in einer Betriebsordnung etwa der Versuch gemacht werden sollte, ein Unterschreiten der Mindestbedingungen in allen irgendwie gearteten Fällen einer Schlechtleistung oder minderen Leistungsfähigkeit zuzulassen" [149]). Eine derartige Bestimmung würde als nichtig anzusehen sein. —

cc) Die Verteilung des Betriebsrisikos.

Die Frage der Verteilung und Tragung des Betriebsrisikos spielte bereits im früheren Recht eine sehr erhebliche Rolle. Gerade hierbei stießen die verschiedenen Meinungen am heftigsten aufeinander.

Es handelt sich bei diesem Problem der Tragung des Betriebsrisikos zwar auch um den Fall einer „Nichtleistung der Arbeit", der aber dadurch eine besondere Schwierigkeit bietet, daß hier weder der Unternehmer noch der Arbeiter die eingetretene Unmöglichkeit nach den Bestimmungen des Gesetzes zu vertreten hat, da sie in Hinsicht auf die vom BGB vorgenommene Einteilung

---

[146]) So Dersch, AOG, S. 189 und S. 176.

[147]) Vgl. hierüber (Kaskel-)Dersch, S. 83.

[148]) So auch Dietz, „Die Betriebsordnung", in „Der Deutsche", Nr. 62, vom 15. März 1934. —

[149]) So Dersch, AOG, S. 189; siehe auch S. 190.

in vom Unternehmer und vom Arbeiter zu vertretende, die Arbeitsleistung verhindernde Ereignisse eben weder in der Person des Unternehmers noch in der des Arbeiters begründet ist. Derartige Fälle einer von keiner Seite zu vertretenden Unmöglichkeit liegen vor bei den durch äußere, meistenteils überbetriebliche, zufällige Ereignisse herbeigeführten Arbeitshindernissen. Sie rufen meistenteils Störungen hervor, die den ganzen Betrieb angehen, die eine Betriebsstockung verursachen, wodurch also mit dem Unmöglichwerden der Arbeitsleistungen auch gleichzeitig sonstige wesentliche Voraussetzungen zum regelmäßigen Fortgang des Betriebes betroffen werden. Es sind z. B. die Fälle einer Zerstörung des Betriebes durch Feuer oder die Zerstörung einer größeren Maschine durch Explosion, eines Wettereinbruches im Bergwerk, des Aussetzens der Naturkräfte, so des elektrischen Stromes, aber auch die Fälle des Mangels oder Ausbleibens der Arbeitsmaterialien, der Rohstoffe usw. Ebenso können Absatzstockungen infolge der allgemeinen schlechten wirtschaftlichen Lage und das Darniederliegen des Marktes hierher gerechnet werden. —

Das Gesetz hat für diese Fälle keine Lösung gegeben. Es war nicht ohne weiteres festzustellen, ob in derartigen Fällen nun Unmöglichkeit der Leistung oder Annahmeverzug vorliegen soll. Nach den positiven Vorschriften ist in dieser Hinsicht vielmehr sogar ein Gesetzeswiderspruch (Antinomie) zwischen den §§ 293 ff., 297, 615 BGB einerseits und dem § 323 andererseits festzustellen. Nur mit den Bestimmungen des BGB war daher bereits früher eine befriedigende und billige Lösung nicht zu finden. Die Streitfrage, die immer wieder auftaucht und die dann die verschiedensten Theorien zu lösen versucht haben, ohne zu einem einigenden Ergebnis gelangt zu sein, ist die, ob nun in einem derartigen Falle das Risiko dem Unternehmer auferlegt werden soll, indem er den Lohn weiter zu zahlen hat, oder dem Arbeiter, indem er seinen Lohnanspruch verliert. — Im älteren römischrechtlich beeinflußten Recht wurde die Frage eindeutig im Sinne der römischrechtlichen Anschauung, daß „Lohn nur für wirklich geleistete Arbeit" zu zahlen sei, dahin entschieden, daß der Arbeiter seinen Lohnanspruch verliert. Es wurden also die Vorschriften über die Sachmiete zugrunde gelegt und analog angewandt. Interessant ist eine Entscheidung des Reichsgerichts in dieser Hinsicht, die bei der Entscheidung der Frage auf derartige Pandekten- und Codexstellen Bezug genommen und Betrachtungen darüber angestellt hat, welche von diesen analog angewendet werden oder sogar zum Grundsatz erhoben werden dürften [150]).

Es ist nicht möglich, an dieser Stelle näher auf die einzelnen Theorien, die eine Verteilung der Haftung für Zufall, d. h. des Betriebsrisikos vornehmen, einzugehen. So gab es „Gesetzes-

[150]) vgl. RG in Bd. 3, S. 179 ff.; vgl. z. B. die Pandektenstellen D, 19, 2 lex 19 § 9; 19, 2 lex 15 § 6 und 19, 2 lex 61 § 1; und die Glossen des Azo, Accursius und Bartolus. Vgl. über diese Angaben: Hedemann, „Lohnzahlung", S. 15/16. —

auslegungstheorien“ [151]), die die Entscheidung auf eine Auslegung der Bestimmungen und Begriffe des Gesetzes abstellten [152]). Von einer Abgrenzung der Begriffe Unmöglichkeit und Annahmeverzug gehen dann die Lehren Titzes [153]), Oertmanns [154]), Kischs [155]), Dernburgs [156]) u. a. aus. Die Ergebnisse dieser Lehren stehen sich teilweise gerade entgegengesetzt gegenüber, sie bringen auch, da sie meistenteils in sich selbst widerspruchsvoll sind, keine Klärung der Streitfrage. Titze hat jedoch durch seine Aufstellung und Erklärung des Begriffes „Arbeitssubstrat“ die Entwicklung des Problems vorwärts getragen. Zu diesen Theorien kamen dann später noch die neueren „Begriffsabgrenzungstheorien“ hinzu. Einen völlig anderen Weg zur Lösung des Problems gehen Planck [157]), Staudinger-Kober [158]), Enneccerus [159]) und Sigel [160]), die alle die Lösung auf die Abmachung im Einzelarbeitsvertrag durch die Parteien abstellen. Teilweise wird bei der Vertragsauslegung die Verkehrssitte berücksichtigt [161]), demgemäß die Verträge nach Treu und Glauben ausgelegt werden müßten. Auch die Vertreter dieser Theorie kommen unter sich wieder zu völlig verschiedenen Ergebnissen. Eine weitere besondere Lehre hat Kaskel in seiner „Vertragsverletzungstheorie“ aufgestellt [162]), bei der das Entscheidende ist, daß die Substratbeschaffung des Unternehmers als Rechtspflicht hingestellt wird. Diese Lehre ist jedoch allgemein abgelehnt worden [163]). — Von seiner personenrechtlichen Auffassung des Arbeitsverhältnisses ausgehend, behandelt Potthoff das Problem [164]) vollkommen außerschuldrechtlich. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Satz: „casum sentit dominus“ die Gefahrtragung für Zufall dem Unternehmer zuweise. Denn dem Unternehmer werde die Arbeitskraft des Arbeiters zur Verfügung gestellt. Dieser begebe sich in die Verfügungsgewalt des Unternehmers, sodaß er Herr der Arbeitskraft des Arbeiters werde [165]). Daher habe der Unternehmer auch grundsätzlich die Gefahr für den Zufall zu tragen und müsse den Lohn dann zahlen, wenn neben der Bereitstellung der Arbeitskraft die übrigen von ihm zu stellenden

[151]) vgl. Endemann in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1903, S. 1001 ff.

[152]) vgl. auch Kohler (in Arch. f. bürg. Recht, Bd. 13, S. 252—263).

[153]) Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach bürgerlichem Recht, 1900.

[154]) Oertmann: Gewerbe u. Kaufm. Gericht, Bd. 25, S. 5 ff.

[155]) Kisch: Die Wirkungen der nachträglichen Unmöglichkeit, S. 77 ff.

[156]) Dernburg: Schuldverhältnisse, 1. Abt., S. 193, 2. Abt., S. 477.

[157]) Planck: Komm. zum BGB, 4. Aufl. 1923, Bd. II, 2 zu § 323.

[158]) Staudinger-Kober: Komm. z. BGB, 1912, Schuldrecht, zu § 611, 4.

[159]) Enneccerus: Lehrb. d. bürgerl. Rechts, Bd. I, 2, 1920, S. 416.

[160]) Sigel: Der gewerbl. Arbeitsvertrag, 1903, S. 52.

[161]) vgl. Staudinger-Kober, BGB zu § 611, 4.

[162]) in NZAR, Bd. 2, S. 1 ff.

[163]) Gegen die Lehre Kaskels vor allem Titze in JW 1922, S. 548; vgl. außerdem Dersch in Kaskel-Dersch, S. 188; Hueck-Nipperdey, S. 288; Oertmann, in NZAR 1922, S. 462; Hedemann, a. a. O., S. 35, Anm. 60 u. a. m.

[164]) in JW 1922, S. 351 ff.

[165]) in „Arbeitsrecht“ 1922, S. 273.

Voraussetzungen fehlten [166]). Der Lehre Potthoffs hat sich Harmsen [167]) angeschlossen.

Die Entwicklung der Theorie zur Lösung des Problems, die dann vor Erlaß des AOG herrschende Meinung wurde, hat die Lehre Trautmanns [168]) eingeleitet, die als „neuere Begriffsabgrenzungstheorie" zu bezeichnen ist. Die Verteilung des Betriebsrisikos wird von ihm innerhalb der sich gegenseitig begriffsnotwendig ausschließenden Unmöglichkeit der Leistung und des Annahmeverzugs vorgenommen. Sie beruht vor allem darauf, daß der Arbeiter imstande sein müsse (von sich aus), die Leistung zu bewirken, wenn er den Unternehmer in Annahmeverzug setzen wolle. Die Leistung des Arbeiters müsse möglich sein, besser gesagt jedoch, es müsse die Möglichkeit dessen vorausgesetzt werden können, was der Arbeiter zur Bewirkung der Leistung beizutragen habe. Es wird daher von Trautmann eine Feststellung der Bedeutung des Begriffes „Leistung" vorgenommen. So ergibt sich für ihn die Fragestellung dahin, ob die Möglichkeit der in den persönlichen Verhältnissen des Verpflichteten und der in seinem Rechtskreise liegenden Leistungsfähigkeit gegeben ist. Die Unmöglichkeit seiner Mitwirkungshandlung könne der Unternehmer dem Arbeiter nie und überhaupt nicht entgegenhalten, da sie ihn allein treffe [169]). Trautmann kommt so zu dem Begriff des Leistungssubstrates als objektiver Voraussetzung der Tätigkeit des Arbeiters. Ein Wegfall oder ein Untauglichwerden dieses Substrates mache — auch bei Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen — die Erfüllung als solche unmöglich. Damit werde aber nicht die Leistung als solche unmöglich. Eine Unmöglichkeit der Leistung könne vielmehr nur dann vorliegen, wenn die nach dem Vertrage dem Arbeiter obliegende Leistung derart unmöglich geworden sei, daß auch unter der Voraussetzung der bereits erfolgten vertragsmäßigen Mitwirkung des Unternehmers eine Erfüllung unmöglich sein würde [170]). So kommt er zu der Feststellung, daß immer dann Annahmeverzug vorliege, der Unternehmer also den Lohn zu zahlen habe, wenn dem Arbeiter die Bewirkung „seiner" Leistung unter der Voraussetzung, daß auch der Unternehmer das Seinige zur Vertragserfüllung beitrage, möglich sei und er die in diesem Sinne mögliche Leistung dem Unternehmer ordnungsgemäß angeboten habe. —

Die Verteilung der Gefahrtragung für Zufall, des sogen. Betriebsrisikos kommt schließlich auf diese Weise darauf hinaus, in wessen Person oder vielmehr persönlichem Bereich die Ereignisse und Hinderungsgründe liegen, die die Arbeitsleistung verhindern. Nur auf diese Verteilung des Betriebsrisikos stellen dann die sogenannten „Sphärentheorien" die Lösung der Frage ab. Die

---

[166]) in „Gefahrtragung", S. 552.
[167]) Harmsen: Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, 1925, S. 73 ff.
[168]) Gruch., Beitr., Bd. 59, S. 434 ff.
[169]) S. 458.
[170]) S. 450.

Fragestellung lautet hier, in wessen Sphäre oder Einwirkungsbereich das Ereignis fällt, das die Leistung unmöglich gemacht habe. Die Lösung liegt also in einer Verteilung und Abgrenzung der gegenseitigen Sphären des Unternehmers einerseits und des Arbeiters andererseits. Auch hier stehen sich wieder die verschiedensten Meinungen gegenüber, ohne daß es zu einer Einigung gekommen ist. (Vgl. die Ansichten von Titze [171]), Oertmann [172]), Joerges [173]), Claren [174]), Enneccerus-Lehmann [175]), Silberschmidt [176]), Sinzheimer [177]), Pohl [178]), Richter [179]), Kaskel-Dersch [180]), Hueck-Nipperdey [181]) u. a.) Im einzelnen werden auch hier wiederum die Begriffe „Arbeitssubstrate" und „Mitwirkungshandlung des Unternehmers" zur Abgrenzung der Sphären verwandt.

In der Praxis entscheidend geworden ist dann die Ansicht des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts, die bei der Verteilung des Betriebsrisikos von ihrer Idee einer bei „größeren" Betrieben vorliegenden „sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" ausgingen. Sie lehnen jede Berücksichtigung der Bestimmungen des BGB als von einem individualistischen Standpunkt ausgehend ab. Auf diese Rechtsprechung des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts wird gerade heute immer wieder hingewiesen, als der Zeit weit vorauseilenden — „soziale Gedanken", berücksichtigenden — Anschauung vom Arbeitsverhältnis. So z. B. auf die für diese Rechtsprechung grundlegende Entscheidung [182]), in der gesagt ist, daß der einzelne Mensch „als lebendiges Glied in die Arbeiterschaft und damit in die Gesamtorganisation des Betriebes" eintritt, „dessen Ergebnis nicht mehr von dem Unternehmer allein mit seinem Kapital und seinen Arbeitsmitteln, sondern in gemeinschaftlicher Zusammenarbeit von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen" wird. Auf dieser Grundlage entscheidet das Reichsgericht dann aber bezüglich der Lohnzahlung folgendermaßen: ... Wenn der Betrieb aus irgendwelchen Gründen stillstehen müsse, so müsse selbstverständlich der Arbeiter einen Teil der Betriebsgefahr tragen. Es könne in einem solchen Falle, in dem die Betriebseinnahmen versiegen, dem Unternehmer nicht zugemutet werden, für die Lohnzahlung aus anderen Mitteln aufzukommen. Vergleiche auch die auf dieser Entscheidung aufbauenden weiteren Entscheidungen des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts [183]). In den weitaus meisten Fällen des Betriebs-

[171]) in JW 1922, S. 548.
[172]) in „Arbeitsvertrag", S. 170.
[173]) in: „Arbeitsrecht und Schlicht.", 1929. S. 295.
[174]) in: „Die Frage des sogen. Betriebsrisikos", 1930.
[175]) S. 485 ff.
[176]) in: „Das Deutsche Arbeitsrecht", 1926, S. 267.
[177]) S. 193.
[178]) Pohl, S. 89 und 99.
[179]) S. 78/80.
[180]) S. 189.
[181]) S. 230.
[182]) in RGE, Bd. 106, S. 272 ff.
[183]) vgl. z. B. in Bensh. S., Bd. I, S. 331; Bd. II, S. 68; 24, 135 ff., 229 ff.;

risikos wird die Gefahr daher praktisch dem Arbeiter auferlegt. Zu erwähnen ist hier die Entscheidung in Bensh. Bd. 5 S. 39, wo es heißt: Es würde Treu und Glauben nicht entsprechen, wenn der durch höhere Gewalt lahmgelegte Betrieb auch die Lohnkosten der ... Arbeitnehmer tragen müßte. — Diese Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes und Reichsgerichtes hat sich also — wie sich auch bereits aus den angeführten Stellen ergibt — absolut nicht in so sozialer Weise ausgewirkt, wie es heute vielfach behauptet wird. So wurde z. B. schließlich auf Grund dieser Rechtsprechung den Arbeitern der Lohn bereits dann abgesprochen, wenn von „höherer Gewalt" und von „Treu und Glauben" gar nicht mehr die Rede sein konnte, sondern z. B. auch bei Konjunkturschwankungen und überhaupt ungünstiger Konjunktur[184]). Wenn also das Reichsarbeitsgericht bereits frühzeitig die Betriebsgemeinschaft anerkannt hat, so doch nicht immer ganz im heutigen Sinne, da es oftmals diesen Gedanken von der Verbundenheit der Arbeiter mit dem Unternehmen rein äußerlich — wie gerade die angezogene Entscheidung erkennen läßt — vom materiellen Gewinn- und Profitstandpunkt des Unternehmers aus betrachtete. Der Arbeiter soll immer dann benachteiligt werden, wenn die Einnahmen aus irgendeinem Grunde versiegen. Er soll durch Kürzung seines Lohnes den Ausgleich bringen. Es wird aber nicht gefragt, ob ein solches Ereignis, wenn es tatsächlich die Einnahmen einmal versiegen läßt, darüber hinaus auch den Betrieb als solchen gefährdet oder nur den Gewinn des Unternehmers, der, auch wenn er über noch so große Reserven verfügt, die er in besseren Jahren mit Hilfe seiner Arbeiter verdient hat, aus diesen Beständen für die Lohnzahlung nicht aufkommen braucht. Diese Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts und Reichsgerichts kann daher, wenn sie auch in mancher Hinsicht einen großen Fortschritt bedeutete und manch positives Ergebnis zeitigte, doch nicht unbesehen die Grundlage für die Entscheidung dieses wichtigen Problems in heutiger Zeit abgeben[185]).

Bd. 3, S. 116 ff. insbesondere: Das Betriebsrisiko müsse derart verteilt werden, daß Ereignisse, die den Bestand des Betriebes beeinträchtigen, den Arbeiter mittreffen müssen; weiter Bd. 4, S. 249; Bd. 5, S. 32; Bd. 6, S. 103, 260, 441; Bd. 12, S. 373; u. a.

[184]) In der Entsch. Bensh. S., Bd. 12, S. 487, wird bereits eine „weitgehende Senkung des Weltkupferpreises" als ein von außen auf den Betrieb einwirkendes Ereignis angesehen, das in den Gefahrenkreis der vom Arbeiter zu tragenden Betriebsgefahren gerechnet wird.

[185]) Gegen die Lehre des RG und RAG haben sich mit verschiedenen Vorwürfen gewandt: Lehmann (in NZAR 1932, S. 1 ff.), Hueck (in Deutsch. Arb. R. I, S. 80 ff., 109 ff.), Nikisch (in NZfAR 1933, S. 58). Im neuen Staat hat sich Dersch (in DAR, 1933, S. 10), der dem RAG zugibt, daß man heute aus dem Grundgedanken der Betriebsverbundenheit heraus im Grundprinzip Durchbrechungen der allgemeinen Grundsätze des BGB über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen anerkennen müsse, dahin erklärt, daß man dem RAG nicht in seinen Einzelausführungen folgen könne.

Einer Klärung des Problems in der neuen Arbeitsrechtsordnung ist nun Stoll näher getreten [186]). Er weist darauf hin, daß die alten bürgerlichen Lehren das Problem haben nicht lösen können; gegen diese begrifflich-konstruktive, zivilistische Methode habe bereits Hedemann [187]) eine arbeitsrechtliche Betrachtungsweise aufgestellt. — Nachdem Stoll vor allem die Ansicht des Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts untersucht hat, der er manches Zugeständnis macht, und weiter die einzelnen in der Wissenschaft vertretenen Lehren besprochen hat, kommt er zu der Feststellung, daß die Lösung des Problems heute keineswegs mehr aus dem BGB gewonnen werden könne [188]). Er stellt zwar fest, daß das Ziel der Lehre Lehmanns [189]) insofern zu billigen sei, als dieser die Gefahr abwenden wolle, daß sich die Sphärentheorie des Reichsarbeitsgerichts zu einem mit den sonstigen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht verträglichen Sonderrecht zugunsten der Arbeitgeber auswirke, aber er hält den Weg, dieses Ziel mit den konstruktiven Mitteln der alten bürgerlichen Dogmatik zu gewinnen zu versuchen, für verfehlt. Andererseits sei aber auch, so sehr an sich der Gedanke der Betriebsverbundenheit, den das RAG bereits frühzeitig erkannt habe, der heutigen Rechtsgesinnung entspreche, nach seiner Meinung die Gefahrentheorie des RAG nicht mit der neuen nationalsozialistischen arbeitsrechtlichen Einstellung zu vereinbaren. Man könne heute nicht mehr davon sprechen, daß die Arbeitnehmerschaft als solche wegen ihrer organisatorischen Einheit und ihres irgendwie organisierten Verhaltens für bestimmte, den Betrieb schädigende Ereignisse dem Unternehmer gegenüber in ihrer Gesamtheit einzustehen habe, einfach weil es eine derartige Verbundenheit der Arbeiter in Gegenstellung zum Unternehmer, die Stoll für den früheren Rechtszustand aus dem BGB herleitet, nicht mehr gebe. Damit aber falle auch der Gefahrenkreis der Arbeitnehmerschaft [190]). Der einzelne Arbeiter hat daher nach Stoll heute nur die Gefahr seiner persönlichen Leistungsfähigkeit zu tragen — eine Last, die § 616 BGB noch erleichtere — und im übrigen sei er nur für die Nachteile verantwortlich, die er schuldhaft herbeigeführt habe. Aus dem Gedanken der sozialen Arbeitsgemeinschaft und der Betriebsverbundenheit könne niemals eine Gewinn- und Verlustgemeinschaft werden, wie es die Folge der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts sei. Die im AOG geschaffene Betriebsverbundenheit könne nicht dazu führen, daß der Arbeiter feiern müsse, um den Betrieb zu erhalten oder daß er für volle Leistung gekürzten Lohn erhielte. Eine gemeinsame Gefahrentragung, eine gemeinsame Gefahrensphäre der Arbeiter und des Unternehmers in dem Sinne, daß die Arbeiter an den Verlusten des Betriebes

---

[186]) in „Deutsches Arbeitsrecht" 1934, Heft 7/8 und 9.
[187]) in der Festschrift für Eduard Rosenthal, 1923, S. 171 ff.
[188]) S. 201.
[189]) in NZAR 1932, S. 1 ff.
[190]) S. 203.

mitzutragen hätten, könne es daher heute nicht mehr geben. Der Unternehmer habe ganz allein die volle Verantwortung für die Leitung des Unternehmens. Sie könne ihm nicht dadurch erleichtert werden, daß die Gefahren des Betriebes auf die Schultern der Gefolgschaft mit abgeladen würden. So bleibe aus dieser ganzen Neuregelung des Betriebsaufbaus durch das AOG für die Betriebsgefahren nur noch ein Gefahrenkreis, der des Unternehmers [191]). Als Grundsatz habe daher zu gelten — unter Ablehnung der Sphärentheorie —, daß der Unternehmer grundsätzlich das Betriebsrisiko zu tragen habe. Die Existenzinteressen des Arbeiters sollen den Gewinninteressen des Unternehmers und den Interessen des Unternehmens vorgehen [192]). Jedoch kommt Stoll dann zu Einschränkungen dieses Grundsatzes, indem er durch den Gedanken der Betriebsgemeinschaft und der Volksgemeinschaft ihn begrenzt. Aus der Verpflichtung, seine volle Kraft dem Betriebe zu widmen und in treuer Gefolgschaft die Betriebszwecke zu fördern, ergebe sich, daß der Arbeiter auch einmal seine Sonderinteressen hinter die Betriebsinteressen zurückstellen müsse. Denn es entspräche der ganzen Verflechtung des einzelnen Betriebes mit der ganzen Gemeinschaft des Volkes und mit der gesamten Volkswirtschaft, daß gemeinsame und außergewöhnliche Gefahren auch von der Allgemeinheit mitgetragen würden. Wo daher Ereignisse, die außer aller Berechnung liegen und ganze Bezirke, Industriezweige oder die gesamte Wirtschaft gemeinsam träfen, den Bestand des Betriebes gefährdeten, da müsse verlangt werden, daß die Allgemeinheit dem Unternehmer die Lasten tragen helfe. Und das bedeute für den Fall dieser arbeitsrechtlichen Sonderfrage, daß der Unternehmer in einem solchen Falle von der Lohnzahlungspflicht zu befreien sei [193]). Im Anschluß an die gefundene Lösung prüft Stoll dann weiter, ob — da das AOG die Geltung des BGB und des Arbeitsprivatrechts nicht aufgehoben habe — diese Lösung mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts vereinbar sei. Die Behauptung, daß das BGB das Problem überhaupt nicht gekannt habe, sei verfehlt. Es hätte nur im Zusammenhang mit der Frage des Gläubigerverzuges richtig geprüft werden müssen, worin eigentlich die Verpflichtung des Arbeiters bestehe, in der konkreten Arbeitsleistung oder in dem abstrakten „Zurverfügungstellen" der Arbeitskraft. Die „Motive" [194]), auf die Stoll hinweist, gingen zwar davon aus, daß die Verpflichtung des Arbeiters in der konkreten Arbeitsleistung bestehe [195]), jedoch kämen sie trotzdem zu der Ansicht, daß dem arbeitsbereiten Arbeiter der Lohnanspruch zu gewähren sei, ohne daß er zur Nachleistung verpflichtet sei. Stoll weist in Beziehung

---

[191]) so auch Siebert, in „Arbeitsverhältnis", S. 105.
[192]) S. 203.
[193]) so S. 204.
[194]) Motive zum BGB II, S. 461.
[195]) nicht also, wie vor allem Nikisch meint, in der Zur-Verfügung-Stellung der Arbeitskraft, in Iher. Jahrb. Bd. 80, S. 97, 104, 109.

auf diese Ansicht der Motive daraufhin, daß das BGB grundsätzlich doch die Schutzbedürftigkeit des Arbeiters und den Schutz der Arbeitskraft anerkenne, die grundsätzlich eine Gefahrentragung durch den Unternehmer bedeute [196]). Aus allen diesen Erörterungen heraus kommt Stoll zu dem Schluß, daß das BGB zu demselben Ergebnis komme, wie die von ihm gefundene Lösung des Problems, sodaß die Lösung also in keiner Weise dem positiven Recht widerspreche. —

Ohne Zweifel ist die Lösung Stolls in den Grundzügen als richtig anzuerkennen. In Einzelheiten jedoch müssen verschiedene Einwände gemacht werden. Auch diese Lehre gibt noch genug Möglichkeit zu Unklarheiten. So verneint Stoll zwar einerseits das Vorliegen verschiedener Gefahrenkreise, andererseits aber nimmt er doch wieder bestimmte Ereignisse aus dem alleinigen Gefahrenkreis des Unternehmers heraus und weist sie dem Unternehmer und den Arbeitern gemeinsam zu. Damit ist bereits gezeigt, daß tatsächlich verschiedene Gefahrenkreise — wenn man diesen Begriff überhaupt beibehalten will — anerkannt werden müssen [197]). Wir haben bereits oben bei der Behandlung der Nichtleistung der Arbeit festgestellt, daß bezüglich aller Ereignisse die Gefahrenkreise — unabhängig vom Vertretenmüssen des BGB — so zu verteilen sind, daß der Arbeiter alle die Fälle einer Nichtleistung zu tragen hat, die von ihm verschuldet sind — hier trifft ihn jedoch die Gefahrtragung bereits auf Grund der allgemeinen Verschuldensgrundsätze —, sodaß er für diese von ihm selbst verschuldeten Ereignisse, die eine Nichtleistung der Arbeit begründen, einzustehen und die Folgen zu tragen hat. Alle sonstigen Ereignisse aber, mögen sie nun in der Person des Arbeiters oder der des Unternehmers begründet sein, fallen dem Grundsatz der Betriebsverbundenheit entsprechend in den Gefahrenkreis des Unternehmers [198]). Die nun von keinem zu vertretenden Ereignisse oder besser gesagt, die in keiner Person begründet liegenden Ereignisse fallen im Sinne der neuen Arbeitsrechtsanschauung grundsätzlich in den Gefahrenkreis des Unternehmers [199]). Das ist sowohl berechtigt aus dem Grunde einer Existenzsicherung für den Arbeiter, die es erfordert, daß ihm der feste und beständige Lohnbezug gesichert bleibt; als auch aus dem Gesichtspunkt heraus, daß der Arbeiter an sich mit derartigen Ereignissen nichts

---

[196]) S. 204.

[197]) So auch Dersch (in DAR 1933, S. 10): „Die Sphäre der Gefahrentragung des Arbeitgebers, des Arbeitnehmers und eine Sphäre gemeinschaftlicher Gefahrentragung werden unterschieden. Auch hieran ist das Grundsätzliche ... richtig. Die Dreiteilung an sich ist anzuerkennen."

[198]) Dersch, a. a. O.: „Das Anwendungsgebiet der Risikolehre ergibt sich aus dem positiven Gedanken der Betriebsverbundenheit, es ist aber auch tatsächlich auf die Fälle zu beschränken, in denen wirklich Betriebsverbundenheit vorliegt."

[199]) für eine grundsätzliche Tragung des Betriebsrisikos durch den Unternehmer auch neuerdings — jedoch nach § 242 — das RAG, in Bd. 15, S. 57 ff. —

zu tun hat. Er hat sich durch den Arbeitsvertrag dem Unternehmer gegenüber zur Arbeitsleistung verpflichtet. Für seine Arbeitsleistung erhält er bezahlt und zwar immer den gleichen Lohn, grundsätzlich auch dann, wenn der Betrieb sehr große Gewinne abwirft. Er ist also in keiner Weise an dem Profit des Unternehmers beteiligt. Diesen Standpunkt hat das neue Recht nicht aufgegeben. Auch die Betriebsgemeinschaft und die Führerstellung des Unternehmers bezieht sich nur auf die Zusammenarbeit im soziologischen und ethischen Sinne, nicht auf eine Zusammenarbeit im materiellen, wirtschaftlichen Sinne[200]). Die Betriebsgemeinschaft ist also in keiner Weise eine Erwerbsgemeinschaft, vielmehr ist auch heute der Unternehmer in seiner Stellung als Inhaber und Eigentümer seines Unternehmens, was den Gewinn und die wirtschaftlichen Erträgnisse des Unternehmens anbetrifft, nicht beschränkt; sein Eigentum, also auch die Gewinne des Unternehmens stehen ihm allein zu. Das bedeutet aber auch, daß er — ebenso wie er allein den Gewinn des Unternehmens einzieht — allein für einen eintretenden Verlust des Unternehmens aufzukommen hat[201]). Es ist nicht angängig, in einem derartigen Falle die Last des Verlustes dem Arbeiter aufbürden zu wollen. Es ist darum auch ganz einerlei, warum der vom Arbeiter nicht verschuldete Verlust eingetreten ist. Denn es ist nicht ersichtlich, warum der Arbeiter z. B. die Folgen eines Ereignisses tragen soll, das zwar nicht in der Person des Unternehmers begründet ist, das aber das Unternehmen als solches betroffen hat. Ein solches Ereignis berührt dann immer den Unternehmer als Eigentümer dieses Unternehmens im Sinne der Privatrechtsordnung, nicht aber den Arbeiter als solchen, da es sich eben in der Privatrechtssphäre des Unternehmers ereignet hat.

Eine Einschränkung kann und muß hier darum nur dann eintreten, wenn der Arbeiter selbst — d. h. seine Existenz letzten Endes — berührt wird. Das ist aber dann der Fall, wenn dieses Ereignis den Bestand oder die Sicherheit des Betriebes und damit der Arbeitsstätte des Arbeiters berührt. In diesem Falle werden sowohl der Unternehmer, dessen Eigentum in Gefahr steht, wie auch der Arbeiter betroffen, dessen Erwerbsquelle vernichtet zu werden droht. Derartige, das Unternehmen bzw. den Betrieb als solche gefährdende Ereignisse fallen daher weder in den alleinigen Gefahrenkreis des Unternehmers, noch in den alleinigen des Arbeiters; vielmehr muß man hier einen gemeinsamen Gefahrenkreis anerkennen. Und zwar ist dieses der einzige Fall, in dem die Gemeinsamkeit sich — jedoch aus ideellen Gründen — in materieller Hinsicht ausdrückt. Im übergeordneten Interesse des Betriebes als Grundlage ihrer beider Existenz und als Bestandteil der Volkswirtschaft, also damit im Interesse der Volksgemeinschaft, haben Unternehmer und Arbeiter zusammenzustehen, es ist also ein Zusammenstehen in gemeinsamer Gefahr. Nur in die-

[200]) Dersch, a. a. O., S. 11.
[201]) Vgl. oben, S. 45, 46.

sem Falle kann daher eine gemeinsame Gefahrensphäre anerkannt werden, nicht aber dann, wenn es sich nur um die Erhaltung des Gewinns des Unternehmers handelt, wenn also vielleicht durch ein derartiges Ereignis einmal der gewöhnliche Gewinn des Unternehmers beeinträchtigt wird. Nur insofern kann es auch anerkannt werden, wenn Stoll sagt, daß die Existenzinteressen des Arbeiters den Gewinninteressen des Unternehmers vorangehen müssen. Nicht aber können sie auch den Interessen des Unternehmers als solchem vorgehen, insoweit man eben darunter versteht, daß es sich um das Bestehen und den Bestand des Unternehmens überhaupt handelt. Denn in diesem Falle bestünden die Existenzinteressen — letzten Endes — nicht in der augenblicklichen vollen Weiterbezahlung des Lohnes, wodurch dann der Betrieb völlig zerstört wird, sondern in der Erhaltung des Betriebes bzw. Unternehmens. Es ist nicht erforderlich, dieses Ergebnis und diese Regelung mit den Bestimmungen des BGB in Einklang zu bringen, — wenn auch hier die Ansicht vertreten werden soll, daß eine richtige Auslegung der Bestimmungen des BGB dasselbe Ergebnis zeitigen würde — denn das neue Arbeitsvertragsrecht ist zwar grundsätzlich Privatrecht, aber es ist damit nicht gesagt, daß es darum dem bürgerlichen Recht, d. h. den Bestimmungen des BGB in allem untergeordnet werden muß. Wie wir bereits eingehend erörtert haben, bildet das Arbeitsrecht heute ein Rechtsgebiet eigener Art und eigener Prägung. Maßgebend sind daher für das Einzelarbeitsvertragsrecht grundsätzlich die Richtlinien, die im AOG, der grundsätzlichen Ordnung des neuen Arbeitsrechts, aufgestellt sind. Außerdem aber ist die ganze neue Rechts- und Sozialanschauung in dieser Hinsicht richtungweisend und maßgebend. — Bezüglich der Frage des Betriebsrisikos kommen wir daher zu dem Ergebnis, daß grundsätzlich der Unternehmer kraft seiner privatrechtlichen Stellung als Eigentümer des Unternehmens und des damit allein Gewinnberechtigten die Gefahr des Betriebsrisikos zu tragen hat, d. h. in derartigen Fällen (selbstverständlich) den Lohn weiter zu zahlen hat. Nur eine Ausnahme ist es, daß im Falle der Bestandsgefährdung des Betriebes dem Unternehmer nicht zuzumuten ist, allein die Gefahr zu tragen (praktisch würden in einem solchen Falle die Arbeiter ja doch letzten Endes in Mitleidenschaft gezogen werden); sondern aus der Notwendigkeit der Erhaltung des Betriebes, aus der Gemeinschaftsverbundenheit und aus der Treueverbundenheit heraus würde — je nach der Lage des einzelnen Falles — der Unternehmer in einem solchen Falle entweder von der Lohnzahlungspflicht zu befreien oder doch zur Minderung des Lohnes berechtigt sein. Die Entscheidung, ob der Betrieb die Lohnzahlung nun noch zahlen kann oder in welcher Höhe, ist dann im einzelnen Falle darauf abzustellen, wieweit dem Unternehmer nach Treu und Glauben seine Lohnzahlung zugemutet werden kann oder nicht. — Diese Lösung des Problems entspricht allein den Anschauungen der heutigen Sozialordnung, sie ist frei von allen

irgendwie eine klare Entscheidung verhindernden Konstruktionen und bietet daher die meiste Gewähr für eine rechtlich sichere und einwandfreie Regelung [202]).

3. Nebenpflichten des Unternehmers.

Neben der schuldrechtlichen Hauptpflicht der Lohnzahlung und den ethischen Pflichten der Fürsorge und der Treue treten die übrigen Pflichten des Unternehmers als Nebenpflichten zurück. Abgesehen davon, daß im Einzelarbeitsvertrag eine beliebige Menge von weiteren Nebenpflichten zwischen den Beteiligten vereinbart werden können, sind als Nebenpflichten allgemeinerer Natur zu nennen die Beschäftigungspflicht, die Pflicht zur Urlaubsgewährung, sowie die Pflichten zur Zeugniserteilung und Auskunft. Dagegen sollen die Pflichten des Unternehmers aus der Sozialversicherung, da sie meistenteils und in erster Linie öffentlichrechtliche Pflichten gegenüber dem Staate sind, hier nicht behandelt werden [203]).

a) Die Beschäftigungspflicht.

Der Arbeitsvertrag des früheren Rechts kannte eine Beschäftigungspflicht grundsätzlich nicht. Die Zuweisung von Arbeit, die Bereitstellung der Arbeitsmaterialien, die Beschaffung des Arbeitssubstrats lag dem Unternehmer nicht als Pflicht ob, sondern — wie wir gesehen haben — kommt der Unternehmer im früheren Recht durch die Nichtbeschäftigung nur in Annahmeverzug, d. h. er hatte trotz der Nichtleistung der Arbeit Lohn zu zahlen. Dagegen konnte ihn der Arbeiter nicht wegen der Nichtbeschäftigung auf Schadensersatz oder auf Beschäftigung verklagen. Diese Regelung ging davon aus, daß der Arbeiter den Vertrag eben wegen des Lohnes abschloß, in der Regel aber nicht, um auch tatsächlich beschäftigt zu werden [204]). Es liegt hinsichtlich der Beschäftigung also regelmäßig auch kein Rechtsschutzbedürfnis vor. Eine Ausnahme aber konnte dann gegeben sein, wenn aus bestimmten Gründen einmal gerade an der Beschäftigung Interesse bestand, wie es die Rechtsprechung für Schauspieler und Schwerbeschädigte anerkennt. Wenn dieses bei Abschluß des Vertrages bekannt oder erkennbar war, so mußte eine Beschäftigungspflicht als vereinbart anerkannt werden [205]). — An dieser Rechtslage hat

[202]) vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 41, zum Teil abweichend.

[203]) Vgl. aber RAG vom 6. XII. 1933, Nr. 237/33, wonach aus dem Gesichtspunkte der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Fürsorgepflicht dem Beschäftigten Schadensersatzansprüche (aus dem Arbeitsvertrag) zuzubilligen sind.

[204]) Kaskel-Dersch, S. 215; Hueck-Nipperdey, I. S. 255 ff.; Franke in NZAR 1924, S. 547 ff.; RAG in Bensh. S., Bd. 6, 618; 9, 72 u. a.

[205]) Dagegen gab es jedoch auch Meinungen, die eine allgemeine Beschäftigungspflicht bejahten, so Nipperdey in Staudinger-Nipperdey zu

sich durch das AOG an sich nichts grundsätzlich geändert. Auch heute muß ein Recht auf Beschäftigung und eine dementsprechende Beschäftigungspflicht de lege lata verneint werden. Im Sinne der Arbeit für Volk und Staat liegt jedoch, daß man eine ethische Verpflichtung des Unternehmers, seine Arbeiter auch tatsächlich zu beschäftigen, anerkennen muß [206]). Im einzelnen Falle wird so auch heute — vor allem wenn es als stillschweigend vereinbart angesehen werden kann — eine Beschäftigungspflicht und ein einklagbarer Anspruch auf Beschäftigung bejaht werden können. Vor allem gebietet die Treuepflicht dem Unternehmer, daß er seine Arbeiter dann beschäftigt und ordnungsgemäß beschäftigt, wenn es zur Erhaltung ihrer Fähigkeiten und ihrer Weiterbildung erforderlich ist [207]). Bestimmte Regeln und Grundsätze aber können in dieser Hinsicht nicht aufgestellt werden. Eine allgemeine Beschäftigungspflicht würde auch in mancher Hinsicht auf Schwierigkeiten stoßen und unter Umständen zu unangebrachten Härten für den Unternehmer führen.

b) Die Frage der Urlaubsgewährung.

Ein allgemeines Recht auf Urlaub und eine Pflicht des Unternehmers, seinem Arbeiter Urlaub zu gewähren, gab es im früheren Recht nicht. Ausnahmen bestanden nur hinsichtlich der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und zur Ausübung öffentlicher Ehrenämter, soweit jedoch dadurch nicht der Betrieb erheblich geschädigt wurde. Dagegen wurde teilweise eine Bestimmung über den Urlaub in den Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen getroffen.

In der heutigen Arbeitsordnung ist zwar nicht ausdrücklich die Verpflichtung zur Urlaubsgewährung ausgesprochen [208]), aus der ganzen neuen Sozialgesinnung heraus aber muß es als selbstverständlich angesehen werden, daß der Unternehmer seinem Arbeiter Urlaub, d. h. Erholungsurlaub gewährt und zwar bezahlten [209]). Wenn auch fraglich ist, ob man bereits ohne gesetzliche Bestimmungen von einer schuldrechtlichen Vertragspflicht hinsichtlich der Urlaubsgewährung sprechen kann, so handelt es sich

---

§ 611, IX. — Eine Verpflichtung zur Beschaffung des Arbeitssubstrates bejaht Kaskel bei seinem bereits erwähnten Versuch, eine besondere Schuldnerpflicht des Unternehmers zu konstruieren, um dadurch die Frage der Gefahrentragung zu lösen (in NZAR, Bd. 2, 1922, S. 1 ff.; dagegen Titze, in JW 1922, S. 548).

[206]) Zu weitgehend: Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 83, die grundsätzlich einen einklagbaren Anspruch auf Beschäftigung geben wollen.

[207]) vgl. Mansfeld-Pohl, S. 100.

[208]) vgl. z. B. die Entsch. des RAG, Bd. 15, S. 46 ff., in der die Herleitung eines Anspruchs auf Urlaub unmittelbar aus § 2 AOG verneint wird.

[209]) grundsätzlich auch: Molitor, in „DAR" 1934, S. 171; vgl. Daeschner, in „Der Angriff" vom 3. I. 1934; vgl. RAG vom 25. Okt. 1933, Nr. 9/33, über die Urlaubsbezahlung.

doch um eine dem Arbeitsvertrag als Bestandteil angehörende, ihm innewohnende ethische Pflicht, die im engsten Zusammenhang mit der Treue- und Fürsorgepflicht steht und darauf begründet ist, daß dem Beschäftigten, der dem Unternehmer seine ganze Arbeitskraft zur Verfügung stellt, der ihm in Treue verbunden ist und oft selbst gegen den geringsten Lohn seine Arbeit leistet, ein Recht auf eine Freizeit einmal im Jahre gegeben werden muß, während der er sich erholen kann, und während der er seine Arbeitskräfte auffrischen kann [210]). Das kann selbstverständlich nur der Fall sein, wenn ihm auch sein vertragsmäßiger Lohn während des Urlaubs weiter gezahlt wird. Praktisch hat im neuen Staate das Wirken der Deutschen Arbeitsfront dazu geführt, daß bereits in vielen Betrieben den Arbeitern ein bezahlter Urlaub gewährt wird und darüber hinaus ihnen noch ein Urlaubszuschuß bewilligt wird. Im Zusammenhang mit der großen Organisation der Arbeitsfront, die sich die Freizeit- und Urlaubsgestaltung der deutschen Arbeitsmenschen zur Aufgabe gemacht hat, der Gemeinschaft „Kraft durch Freude", kann so durch eine allgemeine Anerkennung eines vertraglichen Urlaubsanspruches ein bedeutender Schritt zur Vermenschlichung der Arbeit und zur Durchsetzung der neuen Sozialanschauungen getan werden.

Die zeitliche Festlegung des Urlaubs wird grundsätzlich der gegenseitigen Vereinbarung unterliegen müssen. Auch die Dauer des Urlaubs, die grundsätzlich auf die Länge der Zugehörigkeit zum Betriebe, evtl. aber auch auf die Berufszugehörigkeit — d. h. in anderen Betrieben geleistete Arbeitszeit — und sonstige Gründe [211]), z. B. Kriegsbeschädigung, Alter und Geschlecht usw., abzustellen ist, wird durch die Beteiligten des Vertrages im Rahmen der mit der Zeit in den Betriebsordnungen zu treffenden grundsätzlichen Regelungen zu vereinbaren sein. —

Falls der Arbeiter — wie es grundsätzlich zu verlangen ist — seinen Urlaub bezahlt erhält, ist es selbstverständlich, daß er diesen Urlaub auch als Urlaub verbringen muß, d. h. zur Erholung und Sammlung neuer Kräfte. Es kann heute nicht mehr anerkannt werden, daß er während des bezahlten Urlaubs anderweitiger Erwerbstätigkeit nachgeht [212]). Das würde dem Sinn des Urlaubs in der neuen Arbeitsordnung widersprechen, der ja gerade bezweckt, daß der Arbeiter sich während dieser Zeit einmal von seiner Arbeit ausruhen soll [213]).

---

[210]) Dersch in DAR 1933, S. 11.
[211]) Dersch in DAR, S. 11.
[212]) So für das frühere Recht: Kaskel-Dersch, S. 217.
[213]) So Denecke in DAR 1934, S. 223; im übrigen vgl. über die Urlaubsfrage die ausführlichen Darlegungen von Molitor, in DAR 1934, S. 170 ff. und 215 ff.

V. Die Frage des Rechtes am Arbeitsergebnis.

Man kann unter der Frage des Rechtes am Arbeitsergebnis zweierlei verstehen, erstens in allgemeiner Hinsicht eine Beteiligung am Gewinn des Unternehmens, der ja tatsächlich auch mit ein Ergebnis der Arbeit des einzelnen Arbeiters ist, als aber auch, was hier vor allem erörtert werden soll, die Frage des Rechtes am Arbeitsergebnis in spezieller Hinsicht, d. h. des Rechtes an Erfindungen usw.

Eine Beteiligung am Arbeitsergebnis im Sinne einer Beteiligung am Gewinn des Unternehmens ist grundsätzlich zu verneinen. Wie bereits in verschiedener Beziehung festgestellt, bezieht sich die Betriebsgemeinschaft des AOG nicht auf eine Gemeinschaft in materieller Beziehung, d. h. eine Erwerbs- und Gewinngemeinschaft [214]). Der Gedanke der Werkgemeinschaft, der früher vertreten wurde und der eine solche Gemeinschaft in Bezug auf eine Beteiligung der Arbeiter am Gewinn zum Gegenstand hatte, ist im nationalsozialistischen Staat grundsäzlich verneint worden. Es ist vielmehr die Privatrechtstellung des Unternehmers nicht etwa derart angetastet worden, daß nunmehr das Unternehmen, d. h. sein Eigentum, vergesellschaftet worden ist. Die Gewinne, die der Betrieb abwirft, sind also ihm allein zugestanden. — Das schließt jedoch nicht aus, daß aus der Verbundenheit mit den Beschäftigten bei außergewöhnlichen und großen Gewinnen diesen eine einmalige Gewinnbeteiligung in Form einer Zulage, einer Prämie oder Gratifikation zuzugestehen ist. Ein Rechtsanspruch darauf besteht jedoch nur, wenn sie vereinbart worden ist.

Hier soll jedoch von den Arbeitsergebnissen die Rede sein, die eigenstes Arbeitsergebnis des betr. Beschäftigten sind, die ausschließlich Ergebnis speziell seiner Arbeit sind; das sind also vor allem die Erfindungen des Arbeiters. — Es ist fraglich, wem derartige Erfindungen zustehen sollen, dem Unternehmer oder dem Arbeiter. Zu unterscheiden sind in dieser Hinsicht Betriebserfindungen, das sind Erfindungen, die durch das Neben- und Nacheinander-Tätigwerden mehrerer Arbeiter entstanden sind und bei denen sich ein besonderes erfinderisches Verdienst eines einzelnen Arbeiters nicht feststellen läßt [215]). Sie beruhen meistenteils auf den Erfahrungen und den Vorarbeiten des Unternehmens selbst. Diese Erfindungen stehen daher, das muß auch für das heutige Recht gelten, ausschließlich dem Unternehmer zu. Weiter sind zu nennen die freien Erfindungen, die allein dem Beschäftigten zustehen, da sie weder in Verbindung mit dem Betrieb noch mit dem Arbeitsvertrag entstanden sind. Daneben gibt es noch die betriebsverwandten freien Erfindungen, die ebenfalls grundsätzlich, mit gewissen Auflagen, dem Arbeiter zustehen [216]). —

[214]) Vgl. oben S. 45, 46.

[215]) Kaskel-Dersch, S. 170.

[216]) Vgl. über alle Einzelheiten Dersch-Volkmar, AGG, S. 106 ff. — Vgl. auch RG in Arb.Respr. 1927, Nr. 1. — Arb.R. 1925, (Sonderheft), S. 849; Stritzke, in LZ, 21, S. 898. —

Vor allem aber kommen die Diensterfindungen in Betracht, da es allein bei ihnen problematisch ist, wem sie zustehen sollen. Sie entstehen in unmittelbarer Ausführung der Arbeitspflicht, also bei der Arbeitsleistung im Betriebe. Im alten Recht war entschieden worden, daß diese Erfindungen dem Unternehmer zustehen sollen, ohne daß der Arbeiter irgendwie besondere Vergütung dafür verlangen könne[217]). Auch wurde ein Rechtsanspruch auf Nennung des Erfinders in der Patentschrift verneint[218]). Jedoch hat sich bezüglich dieses Rechts auf Anerkennung der Erfinderschaft, auf die sogen. Erfinderehre, d. h. die Nennung in der Patentschrift, bereits der Arbeitsvertrags-Gesetzentwurf im § 125 dahin ausgesprochen, daß dieses Recht bejaht werden müsse. Der Arbeitnehmer habe Anspruch darauf, daß als Name der des Erfinders in der Patentrolle und der Patentschrift genannt werde. Auf diesen Anspruch soll nicht im voraus verzichtet werden können[219]).

Auch für das heutige Recht, das gerade die Leistung des Einzelnen und insbesondere die des Arbeiters anerkennt, muß verlangt werden, daß bei Erfindungen zumindest das ideelle Recht der Nennung des Erfinders in der Patentschrift und der Patentrolle anerkannt wird. Fraglicher ist es, wem das materielle Erfindungsrecht zustehen soll. Man kann einerseits aus der Bestimmung des AOG, daß der Arbeiter sich mit seiner ganzen Kraft für das Wohl des Betriebes einsetzen soll, schließen, daß Erfindungen, die der Arbeiter für den Betrieb gemacht hat, auch dem Betrieb zugute kommen müssen, d. h. dem Unternehmer als Inhaber der wirtschaftlichen Organisation. Andererseits soll aber auch dem Arbeiter gerade heute in jeder Weise Gerechtigkeit widerfahren. Es wäre daher sehr oft unbillig, wenn ein Arbeiter, der vielleicht nur sehr geringen Lohn bezieht, eine für den Betrieb sehr wertvolle und wichtige Erfindung gemacht hat und nun völlig leer ausgehen soll[220]). Es ist daher im heutigen Recht eine Regelung dahin zu empfehlen, daß zwar die Erfindung selbst, d. h. ihre Auswertung dem Unternehmer zugestanden wird. Es entspricht aber Billigkeitsgründen und der Treueverbundenheit, daß der Unternehmer, der diesem Arbeiter in der Erfindung einen gewichtigen Vorteil für sein Unternehmen zu verdanken hat, diesem ein angemessenes Entgelt zu zahlen hat. Der Entwurf spricht im § 128 in dieser Hinsicht von einem „angemessenen besonderen

---

[217]) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 170; RG in NZAR 1923, S. 762.

[218]) Kisch, Handb. d. Patentrechts, 1923, S. 50.

[219]) Vgl. darüber: Molitor-Hueck-Riezler, „Der Arbeitsvertrag", 1925, S. 259.

[220]) Vgl. Adolf Hitler: Mein Kampf, S. 496. Über die Neuregelung: Dennewitz, „Beamten- und Angestellten-Erfinderrecht", in N.S.-Beamten-Zeitung, vom 9. Dez. 1934, mit Ausführungen über den Entwurf der Akademie für Deutsches Recht, der in Verbindung mit dem Reichsjustizministerium ausgearbeitet ist, und über den Entwurf der „Deutschen Arbeitsfront" und des B.N.S.D.J. Vgl. vor allem Waldmann, Grundzüge eines nat. soz. Patentrechts, im N.S.-Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, S. 1036 ff. auch: Kisch in D.J.Z. 1935, S. 695. —

Entgelt, wenn der Gewinn aus der Erfindung in auffälligem Mißverhältnis zum Entgelt des Erfinders steht“ [221]). Die Angemessenheit ist nach Treu und Glauben in Berücksichtigung des Wertes der Erfindung zu bestimmen. Die Entgeltszahlung kann je nach den Verhältnissen in einer Erhöhung des Lohnes, oder auch in einer Beteiligung am Gewinn der Erfindung und schließlich in einer einmaligen größeren Abfindung bestehen. — Auch durch diese Regelung würde dazu beigetragen, den Arbeiter in seinem Betriebe zu verwurzeln, würde ihm gezeigt, daß seine Arbeitskraft und seine Mühe auch gewürdigt werden, wodurch er andererseits wieder in seiner Schaffenskraft und seiner Einsatzbereitschaft für das Wohl des Betriebes gestärkt wird. Dieselbe Regelung, wie sie sich für Erfindungen empfiehlt, würde auch für sonstige besondere Arbeitsergebnisse in Betracht kommen, für die Schaffung und Erfindung von Modellen für Arbeitsgerätschaften, Waren usw., die als Gebrauchs- und Geschmacksmuster in Betracht kommen. —

D. Die Beendigung des Arbeitsvertrages.

Die Beendigung des Arbeitsvertrages kann auf den verschiedensten Gründen beruhen und auf die verschiedensten Arten zustande kommen. So kann auch heute der Arbeitsvertrag durch Zeitablauf von selbst erlöschen. Ebenso kann er in gegenseitiger Übereinstimmung durch Vereinbarung der beiden Vertragsbeteiligten aufgehoben werden. Die wichtigste und vorherrschende Beendigungsart aber ist auch heute die einseitige Auflösung durch rechtgeschäftliche Willenserklärung des einen Vertragsteils gegenüber dem anderen, d. h. die Kündigung. Sie kann wiederum in verschiedenen Unterarten auftreten, so als ordentliche Kündigung, als außerordentliche Kündigung und schließlich unter bestimmten Beschränkungen stehende außerordentliche Kündigung. Neu hinzu kommt im heutigen Recht die auf Grund eines ehrengerichtlichen Spruches eintretende Zwangsbeendigung des Arbeitsvertrages gemäß § 38, Ziff. 5 AOG, insofern, als das Ehrengericht eine von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Kündigungsfrist festsetzen kann, wenn auch die Kündigung selbst vom Unternehmer vorgenommen werden muß. — Auf Grund der Beendigung des Arbeitsvertrages treten dann gewisse Rechtsfolgen ein, die anschließend erörtert werden sollen. —

I. Allgemeines.

Die Beendigung des Arbeitsvertrages steht — wie auch im bisherigen Recht — unter dem besonderen Schutz des Staates, der

[221]) vgl. Molitor-Hueck-Riezler, S. 263.

sich insbesondere in den allgemeinen Kündigungsschutzvorschriften des AOG — fünfter Abschnitt — ausdrückt. Und zwar werden von ihnen sinngemäß die Beendigungsarten, die entweder in einem natürlichen Erlöschen oder in einer vertraglichen Beendigung bestehen, nicht beeinflußt, zumindest nicht unmittelbar. Sie beziehen sich vielmehr nur auf die Möglichkeit der einseitigen Aufkündigung (Auflösung) des Arbeitsvertrages und dienen also dem Schutze des Arbeitsvertrages vor einseitiger Kündigung. Ein derartiger Kündigungsschutz bestand auch bereits vorher im BRG, wenn auch, durch die Einrichtung der Betriebsvertretungen bedingt, in wesentlich anderer Form. — Das AOG ist nun zwar, den Anschauungen des Nationalsozialismus entsprechend, auf dem Gedanken der Treueverbundenheit des Unternehmers (Führers) und der Betriebsangehörigen aufgebaut, auf dem Gedanken einer auf Vertrauen gegründeten Betriebsgemeinschaft und nicht zuletzt auf dem Gedanken der sozialen Verantwortung der am Arbeitsleben beteiligten Menschen. Gerade aus diesen Gedanken heraus hat das AOG den Unternehmer grundsätzlich zum Führer des Betriebes gemacht und ihm verantwortungsvolle Aufgaben, aber auch umfangreiche Rechte zuerkannt. Ein besonderer, ausdrücklicher Kündigungsschutz steht daher eigentlich, wenn man diese führenden Gedanken der neuen Arbeitsordnung in voller Konsequenz gelten lassen will, in Widerspruch mit diesen Grundsätzen. Denn „der nationalsozialistische Staat muß von jedem Unternehmer erwarten, daß er als vorbildlicher Führer seines Betriebes kraft eigener sozialer Verantwortung das ihm durch die Rechtsordnung verliehene Recht zur Vertragslösung nur so ausübt, wie es nationalsozialistischer Auffassung entspricht“ [222]). Wenn der Staat die Gewißheit hätte, daß diese Auffassung bereits restlos und ausnahmslos allen am Arbeitsleben beteiligten Menschen eigen geworden wäre und somit schon jetzt das ganze soziale Gemeinschaftsleben beherrscht, so brauchten nicht noch gesetzliche Kündigungsschutzbestimmungen zu bestehen, in denen diese sittlichen Pflichten der neuen Sozialordnung gegenüber den Arbeitskameraden formell verankert sind. Daß aber tatsächlich dieser Idealzustand noch lange nicht erreicht ist, ist bereits eingehend dargelegt worden. Denn er setzt eine Gesinnungsänderung voraus, die erst nach langer Erziehungsarbeit im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung vollzogen sein wird [223]). Wenn also auch mit aller Kraft dieses Ziel zu erstreben ist, das das AOG klar zeigt, so kann doch nicht inzwischen die wirkliche Lage übersehen werden, die dazu zwingt, Sicherungen gegen Mißbrauch der gewährten Freiheiten in die neue Arbeitsordnung einzubauen, so auch Sicherungen der Beschäftigten gegen unbillige und nicht zu rechtfertigende Kündigungen. Diese Sicherungen waren umso mehr erforderlich, als der nationalsozialistische Staat sich in erster Linie die Aufgabe gesetzt hat, den deutschen

[222]) So Mansfeld, in DAR, 1934, 329/330.
[223]) So Mansfeld, in DAR 1934, S. 330.

Arbeitsmenschen wieder in die Volksgemeinschaft zurückzuführen, wofür aber wiederum die wesentlichste Voraussetzung ist, daß der in abhängiger Arbeit stehende Volksgenosse so, wie der Bauer mit seinem Grund und Boden verwachsen ist, auch mit seinem Betrieb und seiner Arbeitsstätte wieder verwurzelt wird. „Der Betrieb muß also die berufliche Heimstätte des Arbeitsmenschen werden, und die Betriebsgemeinschaft muß seine berufliche Familie bilden, aus der er nicht ausgestoßen werden darf, ohne daß ganz zwingende Gründe vorliegen." [224]) So ergab sich der umfassende Kündigungsschutz, wie er in dem 5. Abschnitt des AOG und neuerdings in dem Gesetz zur Erweiterung des Kündigungsschutzes vom 30. November 1934 zu Tage tritt. In diesen Bestimmungen ist ganz ausdrücklich die Forderung des Staates nach möglichster Erhaltung des Arbeitsvertrages als Quelle des Lebenseinkommens und Grundlage der Existenz des Arbeitsmenschen ausgesprochen. Dementsprechend hat er auch diesen weitgehenden Einfluß auf die Gestaltung eines Gebietes an sich rein privatrechtlicher Beziehungen genommen [225]) — denn die Kündigungsschutzbestimmungen sind Teil des Arbeitsvertragsrechts —, und hat er die Bewegungsfreiheit der einzelnen hier beteiligten Privatrechtspersönlichkeiten durch zwingende, positivrechtliche Vorschriften zum Wohle der Gesamtheit einer notwendigen Einschränkung unterworfen. —

II. Das Erlöschen des Arbeitsvertrages.

Der Arbeitsvertrag braucht nun jedoch nicht immer durch einseitige Willenserklärung, d. h. durch Kündigung zu enden, sondern er kann auch erlöschen, und zwar durch einen Ablauf der im Vertrage festgelegten Zeit, durch Erreichung seines Zweckes und durch den Tod. Unmöglichkeit der Leistung dagegen läßt den Vertrag, wie bereits bei der Behandlung der Unmöglichkeit gezeigt, nicht erlöschen [226]). —

Durch Zeitablauf kann der Arbeitsvertrag enden, wenn er von vornherein auf eine ganz bestimmte Zeit abgeschlossen, d. h. befristet war [227]). Wenn dann der als zeitliches Ende vereinbarte Zeitpunkt eintritt, endigt der Vertrag ohne weiteres, also ohne daß es einer diesbezüglichen Erklärung einer der Vertragsbeteiligten noch bedarf. Eine solche Beendigung gilt nicht als Kündigung, die Bestimmungen über den Kündigungsschutz finden daher an sich keine Anwendung [228]). Diese Rechtslage ist grundsätzlich auch heute anzuerkennen, denn wenn die beiden Vertragsbeteilig-

[224]) So Dersch, in AOG, S. 283 zu § 56.
[225]) Soweit diese Unterscheidung heute noch aufrecht zu erhalten ist, Siehe oben 2. Teil, III, 2.
[226]) Vgl. z. B. (Kaskel-)Dersch, S. 219, 185; a. A. LG Köln, in NZfA, 1922, Sp. 687.
[227]) So (Kaskel-)Dersch, S. 219.
[228]) Hueck, in JW 1934, S. 1022; Hueck-Nipperdey, I, S. 297.

ten den Vertrag aus irgendwelchen Gründen nur für eine bestimmte Zeit abschließen, so kann und soll über den diesbezüglichen klaren Willen der beiden Beteiligten nicht hinweggesehen werden, und es ist auch keinerlei Veranlassung gegeben, das zu tun. — Es muß auch weiterhin gelten, daß bei stillschweigender Fortsetzung des Vertrages von beiden Vertragsteilen in einem derartigen Falle der Vertrag als auf nunmehr unbestimmte Zeit verlängert anzusehen ist. Dementsprechend kann er dann nur noch durch Kündigung, für die also die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen gelten, endigen. Auch wenn die vereinbarte Fristsetzung von vornherein in der Absicht geschehen ist, eine frühere Kündigung auszuschließen und den Vertrag mangels besonderer Umstände bis zum Fristablauf fortzusetzen, sind Probleme nicht vorhanden, da in diesem Falle dann — wenn nicht bei Ablauf der Frist ausdrücklich eine Verlängerung vereinbart wird — der Ablauf als rechtmäßige Kündigung mit allen aus einer Kündigung sich ergebenden Folgen gilt[229]). Hier würden demnach die Kündigungsschutzbestimmungen eingreifen.

Probleme ergeben sich hinsichtlich dieser Beendigungsart durch Zeitablauf aber insofern, als oftmals die Form der befristeten oder bedingten Verträge gewählt wird, um die Vorschriften über den Kündigungsschutz zu umgehen. Das ist dann der Fall, wenn der Unternehmer einen kurzbefristeten Arbeitsvertrag abschließt und nach Ablauf dieser Frist den Vertrag immer wieder auf bestimmte kurze Fristen erneuert. So ergibt sich eine zusammenhängende Kette von äußerlich kurzbefristeten Verträgen, ohne daß einmal für den Abschluß derartiger Zeitverträge ein wirklicher Grund vorhanden ist — weder in den persönlichen noch in den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen der beiden Vertragsbeteiligten —, noch zum anderen eine tatsächlich freie Willensübereinstimmung der beiden Beteiligten über diese Befristung vorliegt. Denn der Beschäftigte sieht sich nur darum zum Abschluß dieser rein äußerlich von einander getrennten, einzelnen Arbeitsverträge veranlaßt, um überhaupt die Arbeitsstelle zu bekommen, wenn auch in der Gefahr, daß der Vertrag einmal nicht wieder neu abgeschlossen wird und ihm dann nicht die Kündigungsschutzbestimmungen zur Seite stehen. Der Unternehmer dagegen will an sich nicht von vornherein und bestimmt den betr. Beschäftigten nur für diese kurze Zeit behalten, sondern er hat von vornherein die Absicht, den Vertrag immer wieder nur auf kurze Zeit zu erneuern, eben um für alle Fälle vorbereitet zu sein und dann nicht den Kündigungsbestimmungen zu unterliegen. Derartige Kettenverträge, die also eine Gesetzesumgehung bezwecken, sind nicht als zeitlich befristete einzelne Verträge anzusehen, die durch Zeitablauf endigen, vielmehr sind sie als ein auf

---

[229]) (Kaskel-)Dersch, S. 219; Hoeniger in Schlicht.wes., 1921, Sp. 121; Goerrig, das., 1923, 105; RAG, Bensh. S., Bd. 11, S. 122.

unbestimmte Zeit eingegangener Arbeitsvertrag anzusehen, für den die Kündigungsschutzbestimmungen in vollem Umfange gelten [230]). —

Damit ist nicht verneint, daß ein Arbeitsvertrag aus irgendwelchen, in der Person des Beschäftigten oder in den wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen des Betriebes liegenden Gründen auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden kann. Ebenso kann der Vertrag auch für einen ganz bestimmten Zweck abgeschlossen werden, sodaß mit Erreichung dieses Zweckes, mit Erledigung der betr. Arbeit oder Aufgabe — so z. B. dem Bau eines Hauses oder der Montage einer Maschine — der Arbeitsvertrag ohne weitere Erklärung oder Kündigung von selbst endigt [231]). Denn der Kündigungsschutz soll kein Hindernis darstellen, aus Gründen produktionstechnischer oder konjunkturmäßiger Natur die Zahl der Beschäftigten vorübergehend zu erhöhen und sie nach Fortfall dieser Gründe wieder zu verringern oder auch nur teilweise zu verringern [232]). Die Bestimmung allerdings, ob derartige Gründe vorliegen, kann nicht vom Belieben des Unternehmers abhängig sein, es müssen vielmehr objektive Merkmale erfordert werden. Es ist also in derartigen Fällen festbefristeter Arbeitsverträge, insbesondere wenn ein derartiger befristeter Vertrag auf eine weitere Zeit verlängert worden ist, genau zu prüfen, ob eine Umgehung der Kündigungsbestimmungen beabsichtigt ist. —

Auch in anderer Beziehung wird gerade heute hinsichtlich dieser Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages durch Fristablauf manches zu sagen sein. So führen die Gedanken der neuen Rechtsanschauung dazu, daß die rechtlichen Beziehungen der Vertragsbeteiligten ihre Starrheit verlieren. Bei einem auf lange Zeit abgeschlossenen Dauervertrag muß daher de lege ferenda eine Kündigungsmöglichkeit gegeben sein, wenn ein wichtiger Grund vorliegt [233]), z. B. wenn ein Beschäftigter sich durch eine andere Stellung wesentlich verbessern kann. Auf der anderen Seite aber, und das ist von weitaus größerer praktischer Bedeutung, muß erfordert werden, daß ein Arbeitsvertrag auf möglichst lange, d. h. unbestimmte Zeit abgeschlossen wird, damit die Arbeitsstelle des Beschäftigten auch wirklich seine berufliche Heimstätte werden kann. Auch wenn also ein Arbeitsvertrag von vornherein auf bestimmte Zeit abgeschlossen ist, so muß — wenn nicht wirklich objektive Gründe eine Beendigung erfordern — der Unternehmer aus seiner Treueverbundenheit und seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf seinen Mitarbeiter als verpflichtet angesehen werden,

[230]) So Hueck, in JW 1934, S. 1022; Stritzke, in JW 1934, S. 599; vgl. aber insbes. die Rechtspr.: RAG in Arb.R.Samml., Bd. 3, S. 3; Bd. 4, 360; in Bensh. Samml., Bd. 7, 504; 9, 350; 10, 549; 11, 233; 12, 51 u. 95; 13, 42; 16, 66. So auch RAG in „Höchstrichterliche Rechtspr.", Nr. 18, vom 15. Sept. 1928, Nr. 1722. —

[231]) Vgl. § 620, Abs. II BGB.

[232]) So Hueck, a. a. O., S. 1022.

[233]) Vgl. Lange, „Liberalismus ...", S. 17.

den einmal geschlossenen Vertrag weiterlaufen zu lassen [234]). Auch auf diesem Gebiete des Arbeitsvertragsrechts ist also den neuen Anschauungen ein wesentlicher Einfluß zuzugestehen.

Durch Tod erlöscht das Arbeitsverhältnis immer dann, wenn es sich um den Tod des Beschäftigten handelt. Denn da es sich bei der im Vertrage vereinbarten Arbeitsleistung um eine höchstpersönliche, d. h. nur in Person zu bewirkende Leistung handelt, ist es selbstverständlich, daß eine Übertragung auf Erben nicht stattfinden kann.

Anders ist es jedoch im Falle des Todes des Unternehmers. Hier endigt der Vertrag grundsätzlich nicht. Vielmehr tritt der Erbe des Unternehmers, der ja den Betrieb übernimmt, regelmäßig kraft Gesetzes auf Grund der Erbfolge in die bestehenden Arbeitsverträge ein. Eine Ausnahme hat nur dann zu gelten, wenn die Fortsetzung des Vertrages mit den Erben aus irgendwelchen Gründen tatsächlich unmöglich ist. Das ist z. B. dann der Fall, wenn der Inhalt der Arbeitsverträge durch diese Übernahme wesentlich verändert wird. Vom Standpunkt des Erben aus muß auch unter Umständen anerkannt werden, da sich ja nunmehr auch die Lohnansprüche gegen den Erben richten, daß ihm nicht in jedem Falle die Fortsetzung der Verträge zugemutet werden kann [235]). Aus einem derartigen Grunde wird ihm — wie jedoch auch dem Beschäftigten — ein fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde zugestanden werden müssen [236]). Kündigungsbeschränkungen durch gesetzliche Kündigungsschutzbestimmungen sind jedoch zu beachten. Im übrigen ist aber zu erfordern, daß — wenn nicht wirklich ganz triftige Gründe gegen die Aufrechterhaltung der Arbeitsverträge sprechen — diese im Hinblick auf die Betriebsverbundenheit der Beschäftigten aufrechtzuerhalten sind.

Durch den Konkurs des Unternehmers erlischt der Arbeitsvertrag nicht, sondern es sind hier — vor allem dem Konkursverwalter — bestimmte Kündigungsmöglichkeiten (§§ 22 und evtl. 17 der KO) gegeben. —

III. Vertragliche Beendigung.

Hinsichtlich einer Beendigung des Arbeitsvertrages durch nachträgliche Vereinbarung der beiden Vertragsbeteiligten hat das neue Recht keine Änderungen gebracht. Auch heute gilt daher, daß die beiden Beteiligten in Übereinstimmung ihrer Willenserklärungen unter der Voraussetzung, daß es sich auf beiden Seiten um wirklich freie Willenserklärungen handelt, den Vertrag zu jeder Zeit auflösen können. Diese vertragliche Aufhebung untersteht auch heute den allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge des bürgerlichen Rechts. Sie erfordert also dementsprechend übereinstimmende, auf Auflösung zu einem be-

[234]) Lange, a. a. O., S. 17/18.
[235]) Vgl. RG in NZAR 1924, S. 491.

stimmten Zeitpunkte — auch sofortige — gerichtete Willenserklärungen sowohl des Unternehmers als des Beschäftigten. Bei Vorliegen dieser Erfordernisse ist sie keinerlei Beschränkungen durch öffentlichrechtliche Schutzvorschriften unterworfen, da es sich hier ja nicht um eine einseitige Auflösung (Kündigung) handelt, sondern der Beschäftigte, zu dessen Gunsten die Schutzvorschriften über die einseitige Auflösung des Vertrages durch den Unternehmer geschaffen sind, erklärt sich ausdrücklich mit der Auflösung des Vertrages einverstanden. Diese Auflösung ist daher an keine Frist gebunden, sie ist jederzeit möglich und alleinige Sache der beiden Beteiligten des Einzelarbeitsvertrages. —

IV. Einseitige Auflösung.

Die wichtigste Auflösungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages ist die durch einseitige rechtsgeschäftliche Erklärung, und zwar von seiten des Beschäftigten, als auch — was vor allem von Bedeutung ist — von seiten des Unternehmers. Nur diese letztere soll hier eingehend erörtert werden, weil sie, die Kündigung, Gegenstand der Kündigungsschutzgesetzgebung ist und somit von allen arbeitsvertraglichen Einzelgebieten am weitesten der Beaufsichtigung und dem Schutze des Staates untersteht im Sinne einer erheblichen Einschränkung dieses Rechtes zum Zwecke der möglichsten Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages. Auf die Einzelheiten braucht hierbei nicht eingegangen zu werden, da das Kündigungsrecht und der Kündigungsschutz sehr weitgehend bis in die Einzelheiten hinein gesetzlich festgelegt sind. Vor allem hat — worauf bereits hingewiesen wurde — das AOG im 5. Abschnitt einen umfangreichen und gegenüber dem früheren Recht stark ausgedehnten und geklärten Kündigungsschutz gebracht. Jedoch sollen die hauptsächlichen großen Probleme herausgestellt werden [237]).

1. Die ordentliche Kündigung.

Die ordentliche Kündigung ist die Kündigung, die in Ausübung des im unbefristeten Arbeitsvertrage begriffsnotwendig enthaltenen vertragsmäßigen Kündigungsrechtes erfolgt [238]). Sie ist im bisherigen Recht grundsätzlich von einem Kündigungsgrunde unabhängig gewesen, vgl. aber § 84, Nr. 2 BRG. Es wurde jedoch erfordert, daß sie sich an ganz bestimmte, gesetzlich festgelegte Kündigungszeiten halten müsse. Insoweit ist bereits früher das freie Kündigungsrecht stark eingeschränkt worden. Diese Bestimmungen, die lediglich die Länge der Kündigungsfristen re-

[236]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 220, 239, 168.

[237]) Vgl. zu den allgemeinen Fragen bezüglich der Kündigung (Kaskel-)Dersch, S. 220/1; neuerdings: Molitor, Die Kündigung, 1935.

[238]) Vgl. hierzu Siebert, „Arbeitsverh.", S. 114 ff., der auch die Kündigung personenrechtlich gestalten will.

geln (so z. B. § 122 Gew.Ordn.; §§ 621 ff. BGB; §§ 66 ff. HGB usw.), sind auch vom neuen Staat übernommen worden und durch das AOG im allgemeinen nicht geändert worden [239]). Bereits in der Nachkriegszeit aber wurde das Kündigungsrecht durch einen umfangreichen Schutz der Beschäftigten vor einer Kündigung überhaupt beschränkt [240]). Abgesehen von den Sonderschutzbestimmungen für Schwerbeschädigte gemäß § 13 Schwerb.Gesetz und für Frauen vor und nach der Entbindung auf Grund des Ges. v. 16. Juli 1927, mußten aber diese im BRG und in der Still.VO gegebenen allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen weichen, weil sie an die Organisation des Betriebes im Sinne des BRG gebunden waren. Das AOG, das eine völlig neue Arbeitsverfassung und eine völlig neue Betriebsorganisation brachte, mußte daher auch den Kündigungsschutz insoweit regeln. Das ist in den §§ 56 ff. und §§ 14 und 20 AOG geschehen, in denen zwar an das frühere Recht angeknüpft wird, die aber im übrigen einen gegenüber dem früheren stark erweiterten und vereinfachten und auf eine neue Grundlage gestellten Kündigungsschutz enthalten. —

Das neue Kündigungsschutzrecht geht grundsätzlich davon aus, daß der Beschäftigte, der alle seine Kräfte für den Betrieb einsetzen soll, der am Gedeihen und am Schaffen seines Betriebes wirklich interessiert sein und der seine Arbeitsstelle als seine berufliche Heimstätte ansehen soll, durch die er mit dem ganzen Volke verbunden ist, diese Arbeitsstelle nicht verlieren darf, ohne daß nicht wirklich ein triftiger Grund vorliegt. Das bedeutet, daß jetzt das Kündigungsrecht an einen Kündigungsgrund gebunden ist, obwohl eine dem § 84, Nr. 2 BRG entsprechende Vorschrift nicht in das AOG übernommen worden ist. Heute muß also — auch bei Einhaltung der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist — ein wirklicher Grund für die Kündigung gegeben sein. — Es soll im folgenden, was hier vor allem interessiert, vom Kündigungsschutz des einzelnen Beschäftigten gesprochen werden, der in den §§ 56 ff. AOG geregelt ist. Der Massenkündigungsschutz findet außerdem noch eine besondere Regelung im § 20 AOG. Bereits aus dem Gedanken der Betriebsverbundenheit ergibt sich, daß an sich eine Kündigung grundsätzlich nur dann erfolgen dürfte, wenn das Interesse des Betriebes und vor allem das der Gemeinschaft sie erfordert. Aber auch der Grundsatz der sozialen Verantwortlichkeit und der Treuepflicht untersagt dem Unternehmer, einen Mitarbeiter willkürlich aus der Betriebsgemeinschaft auszustoßen [241]). Daraus ergeben sich die Gründe, die bei einer Kündigung unbedingt vorhanden sein müssen. Kündigungen, die diesen Anforde-

---

[239]) vgl. aber § 38 AOG.

[240]) Vgl. die §§ 84 ff. BRG, §§ 96 ff. BRG und die Bestimmungen über den Kündigungsschutz bei Betriebsstillegungen nach der Stilleg.VO. —

[241]) Mansfeld-Pohl, S. 448; Dersch, AOG, S. 298; Hueck, in JW 1934, S. 1022; Anthes, in „Deutsches Recht", 1934, S. 464; Stritzke, in JW 1934, S. 598; Herschel, in Soz. Prax. 1934, S. 364. Danielcik, in „Der Deutsche", Nr. 7, vom 10. Jan. 1934. —

rungen nicht entsprechen, sind als ungerechtfertigt und unbillig, daher als sozial zu mißbilligend anzusehen. Da nun heute, wie bereits des öfteren betont wurde, noch nicht damit zu rechnen ist, daß jeder Unternehmer tatsächlich bereits freiwillig und ohne Sicherungsmaßnahmen diesen Grundsätzen entspricht und von vornherein gar nicht erst eine derartige sozial zu mißbilligende Kündigung ausspricht, mußte ein gesetzlich fest geregelter, ausdrücklicher Kündigungsschutz beibehalten werden. Bereits im BRG bildete den Zweck des Kündigungsschutzes ausschließlich der Schutz des einzelnen Beschäftigten. Die betreffenden Bestimmungen gehörten materiellrechtlich zum Arbeitsvertragsrecht[242]). Damals waren aber noch starke kollektivgedankliche Einschränkungen vorhanden. Vor allem war die Geltendmachung des Kündigungsschutzes weitgehend an die Mitwirkung der Betriebsvertretung gebunden, er galt daher überhaupt nur für die Betriebe, in denen eine Betriebsvertretung bestand. Heute ist die Geltendmachung des Kündigungsschutzes grundsätzlich in die Hand des betroffenen Beschäftigten selbst gelegt[243]). So sind insbesondere das bestimmende Vorprüfungsrecht und die selbständige Klagebefugnis der Betriebsvertretung, die ja rein theoretisch auch dem Vertrauensrat hätten zugewiesen werden können, mit Recht nicht übernommen. Diese Tatsache ergibt sich bereits aus der ganzen Stellung und den Aufgaben des heutigen Vertrauensrates. Es ist heute lediglich ein Güteverfahren vor dem Vertrauensrat vorgesehen[244]), aber nur, wenn in dem betr. Betrieb ein Vertrauensrat errichtet ist. Andernfalls ist der Kündigungsschutz heute auch dann gegeben, wenn also ein Beschäftigter eines Betriebes gekündigt wird, in dem (aus irgendwelchen Gründen) ein Vertrauensrat nicht besteht. Sonst ist jedoch die Beratung im Vertrauensrat zwingend erforderlich[245]), d. h. es ist der Klage, die die Kündigung zum Gegenstand hat, eine Bescheinigung des Vertrauensrates beizufügen, aus der sich ergibt, daß die Frage der Weiterbeschäftigung erfolglos beraten worden ist. Von der Beibringung der Bescheinigung kann abgesehen von dem Sonderfall des § 68 AOG nur dann abgesehen werden, wenn der Gekündigte nachweist, daß er zwar den Vertrauensrat rechtzeitig angerufen hat, dieser ihm aber die Bescheinigung nicht erteilt hat. Über diese beratende Tätigkeit hinaus — wie überhaupt die Tätigkeit des Vertrauensrates vor allem beratender Natur ist — spielt der Vertrauensrat keine Rolle im Kündigungswiderrufsverfahren. So stellt sich also das Recht auf Kündigungsschutz als Individualrecht des einzelnen Gekündigten dar, das keinen kollektiven Bindungen unterliegt. „Immerhin aber ist dieses Recht dem Einzelnen gerade im Hinblick auf die Erhaltung seiner Betriebsverbunden-

---

[242]) So Hueck, in JW 1934, S. 1025/6.
[243]) Vgl. Dersch, AOG, S. 283; Mansfeld-Pohl, S. 489.
[244]) Hueck, a. a. O., S. 1026; Stritzke, a. a. O., S. 599.
[245]) Stritzke, a. a. O., S. 599.

heit gegeben und ist deshalb kein Ausfluß individualrechtlichen, sondern sozialrechtlichen Denkens."[246])

Der gekündigte Beschäftigte hat nun nach dem AOG das Recht, gegen eine sozial zu mißbilligende Kündigung — d. h. die er als ungerechtfertigt und hart ansieht — durch eine Klage mit dem Antrag auf Widerruf der Kündigung anzugehen. Voraussetzungen sind im übrigen, daß es sich um einen Betrieb mit in der Regel mindestens 10 Beschäftigten handelt. Weiter muß der Beschäftigte im Zeitpunkt des Zugehens der Kündigung mindestens ein Jahr demselben Betrieb oder zumindest demselben Unternehmen angehört haben und zwar auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages[247]). Durch Urlaub, Krankheit und sonstige vorübergehende Abwesenheit, also Nichtarbeitszeiten innerhalb eines Arbeitsvertrages wird die Betriebszugehörigkeit in dieser Beziehung selbstverständlich nicht unterbrochen. Aber auch davon abgesehen, braucht es sich nicht um ununterbrochene Beschäftigung zu handeln. Auf Unterbrechungen von kürzerer Dauer kommt es vielmehr dann nicht an, wenn ein innerer Zusammenhang zwischen den einzelnen Beschäftigungszeiten besteht, da dann die verschiedenen Zeiten zusammenzurechnen sind[248]). — Ein rechtsgültiger Arbeitsvertrag ist vorauszusetzen, denn ohne Zweifel geht das AOG gerade bei den Bestimmungen über den Kündigungsschutz von dem Vorliegen eines Arbeitsvertrages aus[249]). Die Kündigungsbeschränkungen kommen dementsprechend nicht in Betracht, wenn gar kein rechtsgültiger Arbeitsvertrag vorhanden ist, weil er entweder nichtig ist oder mit Erfolg angefochten wird[250]). —

Schließlich ist von besonderer Bedeutung, daß die Kündigung selbst rechtsgültig sein muß. Sie darf nicht sittenwidrig und wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein. Denn in diesem Falle würde eine Kündigung überhaupt nicht vorliegen und der Arbeitsvertrag läuft ohne weiteres weiter. Es bedarf also auch gar nicht erst der Klage auf Widerruf der Kündigung. In Fällen offensichtlicher Willkür ergibt sich daher die Vertragsfortsetzung ohne weiteres. Eine Kündigung, die offensichtlich willkürlich ist oder nur aus vorgeschützten Gründen erfolgt ist, verstößt eben in der Regel gegen die guten Sitten und ist dementsprechend nichtig[251]). Dabei hat als Maßstab zu dienen, was dem herrschenden Volksbewußtsein und dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Volksgenossen entspricht. Im Einzelfalle wird es zwar oft fraglich

---

246) So Dersch, AOG, S. 283.
247) Vgl. Dersch, a. a. O., S. 283.
248) Vgl. Stritzke, a. a. O., S. 599.
249) Vgl. vor allem § 60 AOG.
250) So Hueck, a. a. O., S. 1022; auch Dersch, AOG, S. 283.
251) So Mansfeld, DAR 1934, S. 332. Für Anerkennung der Nichtigkeit, also gegen die abstrakte Natur der Kündigung auch RAG vom 10. II. 1935; ebenfalls Dersch in DAR, 1935, S. 187 ff.; vgl. auch Siebert, Arbeitsverhältnis, S. 115 mit Literatur-Angaben, dagegen jedoch neuerdings Krause in JW 1935, S. 1311 ff.

sein, ob es sich um eine rechtlich n i c h t i g e K ü n d i g u n g, oder um „n i c h t i g e" K ü n d i g u n g s g r ü n d e handelt, wie sie das Gesetz zur Erweiterung des Kündigungsschutzes vom 30. Novbr. 1934 versteht, d. h. um eine Kündigung aus Gründen kleinlicher und nichtssagender Art. Denn in diesen Fällen, in denen das Gericht bei der Behandlung einer Widerrufsklage feststellt, daß „die Kündigung offensichtlich willkürlich oder aus nichtigen Gründen unter Mißbrauch der Machtstellung im Betriebe erfolgt" ist, sieht das Gesetz die Kündigung als gültig an, gibt aber jedoch jetzt die Möglichkeit, die Höchstentschädigung bis zur vollen Höhe des letzten Jahresarbeitsverdienstes festzusetzen [252]). Wenn aber eine Kündigung nicht nur aus kleinlichen und nichtssagenden Gründen ausgesprochen wird, sondern aus vorgeschützten Gründen, aus Machtdünkel und einer Willkür, die mit der heutigen Sozialauffassung und den guten Sitten im Widerspruch steht, insbesondere also wenn die Kündigung im Sinne des „Herr-im-Hause-Standpunktes" vorgenommen wird, dann ist die Kündigung nicht als rechtsgültig anzusehen, sondern als gegen die guten Sitten verstoßend und daher nichtig [253]). Daß im übrigen, d. h. abgesehen von dem Problem der abstrakten Natur, die Bestimmungen über die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften — und auch die über die Anfechtbarkeit — auf die Kündigung Anwendung finden, ist ohne Zweifel, da die Kündigung ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft ist, somit den allgemeinen Bestimmungen des BGB über Rechtsgeschäfte unterliegt [254]). —

Wenn alle Erfordernisse vorliegen, steht dem Beschäftigten gegen die vom Unternehmer auf Grund seines ihm von der Rechtsordnung verliehenen Rechtes — unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen — ausgesprochene Kündigung die Klage auf Widerruf zu [255]). D. h. auch die sozial zu mißbilligende Kündigung ist zunächst voll gültig. Wenn der Beschäftigte dann ein obsiegendes Urteil erlangt hat, so wird auch damit nicht ohne weiteres das Weiterbestehen des Arbeitsvertrages ausgesprochen. Vielmehr steht dem Unternehmer ein Wahlrecht zu; auch wenn also die Kündigung als sozial ungerechtfertigt und nicht durch die Betriebsbelange bedingt anzusehen ist, kann der Unternehmer frei entscheiden, ob er die Kündigung wiederrufen (§ 57 AOG) oder bei der Lösung des Vertrages bestehen bleiben und dafür eine — im Urteil festgesetzte — Entschädigung an den Beschäftigten zahlen will. — Gerade dieses dem Unternehmer zugestandene Wahlrecht, d. h. so wie es ursprünglich im AOG geschaffen war, hat

---

[252]) Wenn dieser Tatbestand festgestellt ist, wird aber n u r auf die Höchstentschädigung erkannt werden können, denn Milderungsgründe kommen für Machtdünkel und offensichtliche Willkür nicht in Frage. Vgl. Mansfeld, in DAR 1934, S. 331.

[253]) Mansfeld, a. a. O., S. 332.

[254]) Vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 220; RAG in Bensh. Samml., Bd. 1, 165; 3, 177.

[255]) Vgl. Dersch, AOG, S. 283; Hueck, a. a. O., S. 1026; Kreller in DAR, 1934, S. 161 ff.; Dänzer-Vanotti, DAR 1934, S. 74 ff.

in der Praxis gezeigt, daß sehr viele Unternehmer noch nicht von den neuen Sozialanschauungen erfaßt sind. Denn der beabsichtigte Zweck, den Unternehmer — wenn die moralische Erziehung nicht genügt — durch finanzielle Nachteile auf den richtigen Weg zu weisen, d. h. die Weiterbeschäftigung zu wählen, und ihm darüber hinaus nahezulegen, in Zukunft derartige Kündigungen von vornherein zu unterlassen, ist nicht so, wie beabsichtigt, erreicht worden, da allzu oft die Entschädigung gezahlt und die Weiterbeschäftigung abgelehnt wurde [256]). Durch die wesentlich höheren Entschädigungen, die das neue Gesetz vom 30. November 1934 festgesetzt hat, — Heraufsetzung der Höchstentschädigungssumme im Regelfalle auf sechs statt bisher vier Zwölftel des Jahresverdienstes (§ 58 AOG), und im Ausnahmefall Möglichkeit der Festsetzung einer Entschädigung in Höhe eines Jahresarbeitsverdienstes —, sind diese Bedenken behoben. Denn in der Mehrzahl der Fälle wird die Verpflichtung zur Zahlung einer derartig hohen Entschädigung doch zur Wahl der Weiterbeschäftigung veranlassen. Immerhin ist es nicht ganz von der Hand zu weisen, daß gerade in den schwersten Fällen — die den Fällen der Nichtigkeit einer Kündigung aus Gründen der Sittenwidrigkeit sehr nahestehen — die Versagung der Lösungsbefugnis (und zwar grundsätzlich) vielleicht angebrachter erscheint. Derartige Forderungen sind auch in der Wissenschaft bereits des öfteren erhoben [257]). Wenn auch der Zwang zur Weiterbeschäftigung oftmals für beide Teile unerquickliche Folgen haben wird, so ist doch zu beachten, daß diese Folgen auch dann eintreten, wenn der Vertrag ohne weiteres weiter gilt, weil die offensichtlich sittenwidrige Kündigung nichtig ist. Im übrigen aber ist gerade hierbei darauf hinzuweisen, daß der Staat im AOG Mittel gegeben hat, die gerade dann anzuwenden wären, wenn der wegen Verstoßes gegen die betr. Bestimmungen der Sozialordnung zur Weiterbeschäftigung gezwungene Unternehmer daraufhin etwa den Beschäftigten unsozial behandeln sollte [258]). Es wird jedoch die Auswirkung der neuen Bestimmungen abzuwarten sein. —

De lege ferenda aber sind hinsichtlich dieser Regelung noch folgende grundsätzliche Bedenken zu erheben. Einmal ist eine Neuregelung der Kündigungszeiten, die vom neuen Staat übernommen worden sind, vorzunehmen, und zwar im Sinne wesentlich längerer Kündigungsfristen [259]). Diese Fristen sind jedoch danach abzustufen, wie lange sich der betr. Beschäftigte im Betriebe oder im Unternehmen befindet. Weiterhin kann eine Abstufung auch danach vorgenommen werden, wie lange der betr. Beschäf-

[256]) Mansfeld, a. a. O., S. 331; Vgl. die Begründung des Gesetzes vom 30. Nov. 1934.

[257]) Vgl. z. B. Schmincke, in DAR 1934, S. 268.

[258]) vor allem §§ 35, 36 ff. AOG.

[259]) Die Möglichkeit des sog. „Kündigungsausschlusses", d. h. der Bestimmung, daß das Arbeitsverhältnis zu jeder Zeit und Stunde rechtswirksam gekündigt werden kann, muß grundsätzlich beseitigt werden. So: Danielcik, in „Der Deutsche", Nr. 7 vom 10. Jan. 1934. —

tigte überhaupt in dem fraglichen Berufszweig tätig ist. — Dann aber ist zu prüfen, ob der Kündigungsschutz nicht allgemein in dem Sinne auszudehnen ist, daß auch die Betriebe erfaßt werden, in denen weniger als 10 Beschäftigte tätig sind, d. h. ob nicht der Kündigungsschutz ganz allgemein — unabhängig von irgendwelchen äußeren Gründen der Betriebsgröße — jedem Beschäftigten zuzugestehen ist. Auch das Erfordernis der einjährigen Betriebszugehörigkeit ist zu überprüfen, da es andernfalls möglich ist, daß die im Sinne der Arbeitsbeschaffung neu einzustellenden und eingestellten Kräfte — bevor sie ein Jahr Tätigkeit im Betriebe hinter sich haben — gekündigt werden können, ohne daß ihnen, die vielleicht jahrelang arbeitslos waren, die Möglichkeit gegeben ist, den Kündigungsschutz für sich in Anspruch zu nehmen [260]). —

Daß der Kündigungsschutz grundsätzlich unabdingbar sein muß, ist selbstverständlich und gilt auch heute bereits. Eine Vereinbarung über den Ausschluß oder eine Beschränkung des Kündigungsschutzes ist also ohne Rechtsgeltung [261]). Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß das ganze Kündigungsrecht auch hinsichtlich der persönlichen Verhältnisse des Beschäftigten zu überprüfen ist. So kommen vor allem in Hinsicht auf die Feststellung einer unbilligen Härte — vgl. darüber weiter unten — in Betracht das Alter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, d. h. der Grad der Betriebsverbundenheit, aber auch die Leistungsfähigkeit und nicht zuletzt die Familienverhältnisse, d. h. die Kinderzahl des Beschäftigten. Diese Verhältnisse sind gerade hinsichtlich der Kündigung zu berücksichtigen, damit jede soziale — unbillige — Härte ausgeschaltet werden kann und einer wirklichen sozialen Gerechtigkeit die Bahn geebnet werden kann. —

Bisher ist die ordentliche Kündigung unter dem Gesichtspunkt betrachtet worden, daß mit ihr eine dauernde Lösung des Arbeitsvertrages bezweckt wird. Als echte Kündigung, die daher den Kündigungsbeschränkungen unterliegt, kommt aber auch die sogen. Änderungskündigung in Betracht. Mit ihr ist bezweckt, den bisherigen Arbeitsvertrag und die bisherigen Arbeitsbedingungen abzuändern. Der Unternehmer bezweckt hier also nicht die Auflösung des Vertrages. Sie ist daher mit einem Antrag auf Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages verbunden, nur eben zu veränderten Bedingungen [262]). Die Kündigung erfolgt dann unter der Bedingung, daß der Beschäftigte sich nicht auf die vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbedingungen einlassen will. — Es muß hier geprüft werden, ob eine sozial zu mißbilligende Kündigung vorliegt, wenn der Beschäftigte sich zur Ablehnung der neuen Bedingungen entschlossen hat. Die Kündigung wäre

---

[260]) Vgl. Dersch, in DAR 1933, S. 12; Anthes in „Deutsches Recht, 1934, S. 465.

[261]) Anders jedoch: Falck, „Der Kündigungsschutz nach dem AOG", in „Der Deutsche", vom 20. III. 34.

[262]) Vgl. für die h. L. im bisherigen Recht: Hueck-Nipperdey, I, S. 353; RAG in Bensh. Samml., Bd. 3, 24; 4, 323; 6, 231; 15, 180; 16, 288.

dann als unbillige Härte anzusehen, wenn es dem Beschäftigten nach Treu und Glauben nicht zuzumuten war, unter den vorgeschlagenen Änderungen weiter zu arbeiten [263]). Das ist jedoch dann zu verneinen, wenn die vorgeschlagene Änderung ihrerseits den Grundsätzen der Billigkeit entsprach [264]). Wenn der Beschäftigte sich also trotzdem — was in seinem Belieben steht — nicht mit den Änderungen einverstanden erklären will, so greift die Kündigung durch. — Es ist aber zu bemerken, daß das Verlangen, andere als die vertragliche Arbeit zu leisten, allerdings nicht immer als Änderungskündigung aufzufassen ist [265]), sondern sehr oft eine Ausübung des Direktionsrechtes [266]), unter Umständen auch eine Vertragswidrigkeit ohne Kündigungsabsicht seitens des Unternehmers sein kann [267]). Abgesehen davon ist eine in Ausübung des Führerrechtes (vgl. §§ 2 und 26 AOG) vorgenommene Änderung des Arbeitsvertrages, d. h. eine ohne weiteres eingetretene Änderung des Arbeitsvertrages durch die vom Führer des Betriebes vorgenommene einseitige Änderung der Betriebsordnung, in keinem Falle als Änderungskündigung anzusehen, da hier der Führer des Betriebes gegenüber der Gefolgschaft als solcher Änderungen der allgemeinen Arbeitsbedingungen vorgenommen hat, nicht aber unmittelbar der Unternehmer gegenüber dem einzelnen Beschäftigten. —

Gemäß § 22 des AOG in öff. Verwalt. u. Betrieben gelten die §§ 56 ff., d. h. der individuelle Kündigungsschutz auch für die Beschäftigten in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben [268]). —

2. Die außerordentliche Kündigung.

Neben der ordentlichen Kündigung gibt es die außerordentliche Kündigung. Sie ist eine sofortige Kündigung ohne Einhaltung der gesetzlich und vertraglich festgelegten Kündigungszeiten, also vom Unternehmer aus eine fristlose Entlassung. Diese Kündigung bedarf eines ganz bestimmten, besonderen Kündigungsgrundes, der ein solches Verhalten rechtfertigt. Bei Vorliegen eines derartigen wichtigen Grundes ist die fristlose Kündigung jedoch auch heute kraft zwingenden Rechts grundsätzlich zulässig. Allgemeiner Kündigungsgrund ist also jeder zwingende Grund [269]). Und zwar ist als solcher jeder Umstand anzusehen, mit Rücksicht auf den einer Vertragspartei die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann [270]). Eine Aufzählung dieser zwingenden Gründe enthält

[263]) Hueck, a. a. O., S. 1023.
[264]) Vgl. RAG vom 27. VIII. 1933, Nr. 144/33.
[265]) Das Wort „Kündigung" braucht ja nicht unbedingt gebraucht zu werden, wenn nur erkennbar ist, was gemeint sein soll; Vgl. RAG, Bensh. S., Bd. 6, 103; 5, 106.
[266]) Vgl. LAG Berlin, vom 23. VII. 1932, Nr. 108. S. 1405/32.
[267]) Hueck in JW 1934, S. 1023; Dersch, in AOG, S. 283.
[268]) Vgl. die Erfordernisse des Kündigungswiderrufsverfahrens im einzelnen: Dersch-Volkmar, S. 427 ff.
[269]) § 626 BGB; vgl. (Kaskel-)Dersch, S. 239.
[270]) Vgl. RAG vom 17. III. 1934, Nr. 221/33.

§ 123 Gew.Ordn. Die Entscheidung, ob ein derartiger wichtiger Grund gegeben ist, ist im übrigen Tatfrage und demgemäßt auf den einzelnen Fall abzustellen[271]). Neben diesem allgemeinen Kündigungsgrund sind in verschiedenen arbeitsrechtlichen Gesetzen — für besondere Arbeitsvertragsarten und Gruppen von Beschäftigten — besondere Kündigungsgründe enthalten[272]).

Das AOG bringt grundsätzlich keine Änderung dieser Rechtslage. Die in ihm enthaltenen Kündigungsbeschränkungen der §§ 56 ff. gelten für die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde nicht[273]). Das ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber daraus, daß eine Kündigung, für die wirklich ein wichtiger Grund vorhanden ist, eben nicht als unbillig und hart anzusehen ist[274]). Eine Regelung aber bezüglich des Falles, daß die außerordentliche fristlose Kündigung nicht wirksam ist, enthält der § 61 AOG — aus dem insofern mittelbar zu entnehmen ist, daß das Gesetz eine Widerrufsklage gegenüber einer berechtigten fristlosen Kündigung nicht für möglich hält[275]), — indem er hier für die in der unberechtigten fristlosen Kündigung nach allgemeiner Anschauung in der Regel liegende ordentliche Kündigung die Widerrufsklage vorsieht[276]). — Trotz des Wortlauts des Gesetzes ist es nicht wesentlich, ob die Kündigung fristlos erfolgt, um den Kündigungsschutz auszuschließen, denn eine ordentliche Kündigung kann ebenfalls dann fristlos erfolgen, wenn nach dem Vertrag die Kündigung jederzeit fristlos erfolgen kann, d. h. also die ordentliche Kündigungsfrist ausgeschlossen ist[277]). In einem solchen Falle wäre also der Kündigungsschutz gegeben[278]). Um ihn auszuschließen, muß daher eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grunde vorliegen. —

Gegenüber der außerordentlichen Kündigung kann nach diesen Grundsätzen der Mangel des wichtigen Grundes, der die fristlose Entlassung rechtfertigen soll, nur mit den üblichen allgemeinen Rechtsbehelfen (Klage auf Lohnzahlung oder auf Feststellung des Fortbestehens des Arbeitsvertrages) geltend gemacht werden[279]). — Soweit aber eine fristlose Kündigung für den Fall, daß diese unwirksam ist, zugleich eine ordentliche fristgemäße Kündigung enthält, kann der Gekündigte gleichzeitig den Widerruf dieser ordentlichen Kündigung beantragen (sekundär)[280]).

---

[271]) Vgl. z. B. RAG in Bensh. Samml., Bd. 2, 27; 6, 612; 10, 464; über Krankheit als wichtigen Grund: LAG Berlin vom 24. Jan. 1933, Nr. 107, S. 2252/32; über wirtschaftlichen Niedergang: RAG vom 9. XII. 1933, Nr. 240/33. RG in NZfA 1927, Sp. 309; RG in NZfA 1926, Sp. 303; u. a.

[272]) So z. B. in den §§ 123, 124, 124a Gew.O.; §§ 70 f. HGB; §§ 133b ff. Gew.O.; §§ 82 f. Allg.BG. u. a.

[273]) Vgl. auch weiter § 14 AOG. [274]) So Hueck, in JW 1934, S. 1023.

[275]) So Hueck, in JW 1934, S. 1023; ebenso für das bisherige Recht: Mansfeld, in BRG, S. 437.

[276]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 465.

[277]) Hueck, a. a. O., S. 1023; Mansfeld, BRG, S. 434.

[278]) Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 466.

[279]) Vgl. Kreller, in DAR 1934, S. 162; Stritzke, a. a. O., S. 600.

[280]) Stritzke, a. a. O., S. 600. (Kaskel-)Dersch, S. 240.

Im allgemeinen ist zu dieser Rechtslage hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung noch festzustellen, daß sie — wenn ein besonderer Kündigungsgrund, wie er in den angeführten Bestimmungen aufgezeigt ist, vorliegt — unter allen Umständen kraft zwingenden Rechts zulässig ist und weder durch den Arbeitsvertrag noch durch die Betriebs- oder Tarifordnung im voraus ausgeschlossen werden kann[281]). Allerdings ist das einmal entstandene Kündigungsrecht (nachträglich) verzichtbar[282]). — Während aber die Entlassungsgründe keiner Verminderung fähig sind[283]), besteht andererseits die Möglichkeit, sie auszudehnen und zu vermehren. Und zwar ist dies in Betrieben, für die eine Betriebsordnung vorgeschrieben ist, nur durch die Betriebsordnung oder aber durch eine Tarifordnung möglich, nicht aber durch den Arbeitsvertrag (§§ 28, Abs. IV; 27, Abs. I, Ziff. 5 AOG). In den übrigen Betrieben, d. h. gemäß § 26, in denen in der Regel nicht mindestens zwanzig Angestellte und Arbeiter beschäftigt sind, kann die Vermehrung durch Arbeitsvertrag vorgenommen werden. — In dieser Hinsicht wird das Recht zur fristlosen Entlassung durch die neuen Gedanken des AOG, so z. B. die Gedanken der Betriebsgemeinschaft, der Treueverbundenheit, des sozial ehrenhaften Verhaltens usw., stark beeinflußt, da ohne Zweifel gerade aus diesen Gedanken sich manche Gründe für eine fristlose Entlassung ergeben können, — wie jedoch auch umgekehrt aus dem Gedanken der Betriebsverbundenheit sich u. U. die Verschärfung der fristlosen Entlassung als sittenwidrig darstellen kann[284]). Es ist daher immer zu berücksichtigen, daß ein Verstoß in dieser Hinsicht eine Verletzung der durch den Arbeitsvertrag begründeten Pflichten sein muß. Denn für sonstige Gründe, die nicht unmittelbar eine arbeitsvertragliche Pflicht betreffen, vor allem also für die Verstöße gegen die soziale Ehre, ist im AOG die eigene soziale Ehrengerichtsbarkeit (§§ 35 ff.) vorgesehen. Darüber soll jedoch noch gesprochen werden. —

De lege ferenda ist daraufhin zu weisen, daß im Sinne der neuen Sozialordnung, die möglichst verhindern will, daß ein Be-

[281]) Vgl. Stritzke, a. a. O., S. 598; (Kaskel-)Dersch, S. 238; RAG in Bensh. Samml., Bd. 2, 87; 10, 544; 12, 388; 13, 156; u. a. — Jedoch ist diese Frage bestritten!

[282]) Vgl. RAG Bensh. Samml., Bd. 9, 390 u. 543; (Kaskel-)Dersch, S. 238.

[283]) bestritten! wie hier: Stritzke, a. a. O., S. 598; (Kaskel-)Dersch, S. 240. So wie das Recht zur außerordentlichen Kündigung grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann, sind auch sicherlich gesetzlich fest bestimmte, einzeln und erschöpfend aufgezählte Tatbestände, die einen wichtigen Grund abgeben, nicht auszuschließen oder einzuschränken. Vgl. z. B. § 123 Gew.O., § 124 das., § 13, II Schwerb.Ges. usw. — Im übrigen aber werden die Beteiligten, wenn das Vorliegen eines beliebigen wichtigen Grundes, für den nur Beispiele angeführt sind, verlangt wird, (§ 626 BGB), vereinbaren können, daß gewisse Ereignisse einen wichtigen Grund abgeben sollen. Vgl. zu dieser Frage weiter: RAG in Bensh. Samml., Bd. 6, 347 zu §§ 71, 72 HGB; §§ 133 c u. d. Gew.O.; §§ 89, 90 Allg.BG.; § 124a Gew.O.; § 83a Allg.BG.; dazu RAG Bensh. Samml., Bd. 6, 253; 11, 327; LAG Münster, Bensh. Samml., Bd. 1, 239; usw.

[284]) So Stritzke, a. a. O., S. 599.

schäftigter seine Arbeitsstelle verlassen muß, das Recht zur außerordentlichen Kündigung insofern zu überprüfen ist, ob es nicht nur aus gesetzlich ganz bestimmten — festgelegten — Gründen für zulässig zu erklären ist. D. h. die außerordentlichen wichtigen Kündigungsgründe sind auf das wirklich unumgängliche Mindestmaß einzuschränken. Insbesondere aber wäre daran zu denken, die heute noch gegebene Möglichkeit, daß die gesetzlich festgelegten Gründe durch Vertrag oder durch Betriebsordnung vermehrt werden können, in einer Neuordnung des Rechtes der außerordentlichen Kündigung dadurch zu ersetzen, daß eine bestimmte Anzahl von Entlassungsgründen festgelegt wird, die nicht überschritten und ausgedehnt werden darf. Die Neugestaltung muß also dahin kommen, daß eine fristlose Entlassung tatsächlich nur dann möglich ist, wenn wirklich ein schwerwiegender Grund vorhanden ist [285]), der es nicht gestattet, daß der betr. Beschäftigte noch weiterhin — und sei es auch nur für die Zeit der ordentlichen Kündigungsfrist — im Betriebe und vor allem in der Betriebsgemeinschaft verbleibt. Gerade die in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung vertretenen vielfachen, verschiedenen Ansichten über das Vorliegen eines wichtigen Grundes, aber auch die Verschiedenheit der Regelung in den einzelnen Gesetzesbestimmungen zwingen zu einer eindeutigen Klärung dieses Problems im Sinne der neuen Sozialordnung. —

3. Besondere Kündigungsbeschränkungen.

Bestimmte, über das gewöhnliche Maß hinausgehende Kündigungsbeschränkungen sind für einen Beschäftigten, der Mitglied des Vertrauensrates ist, aufgestellt. Ein Vertrauensratsmitglied kann grundsätzlich nicht gekündigt werden, eine gegen ihn ausgesprochene Kündigung ist unzulässig (vgl. § 5 AOG). Eine Ausnahme ist nur für den Fall gegeben, daß infolge Stillegung des Betriebes oder einer Betriebsabteilung die Kündigung sich als unumgänglich notwendig erweist oder auch dann, wenn es sich um eine berechtigterweise fristlose Kündigung handelt [286]). — Die Bestimmungen für Schwerbeschädigte und für Frauen vor und nach der Niederkunft — vgl. § 4 des Mutterschutzgesetzes — gelten als Sondervorschriften auch heute weiter [287]). —

Der Schutz bei Massenentlassungen, den § 20 AOG regelt, soll hier, da es sich dabei weniger um den Arbeitsvertrag berührende Fragen als vielmehr um eine Angelegenheit des Betriebes und der Betriebsgemeinschaft handelt, nicht besonders besprochen werden [288]). —

---

[285]) Pflicht des Unternehmers aus der Treuepflicht, sorgfältig die Stichhaltigkeit des Grundes zu prüfen, sonst Schadensersatzpflicht. Vgl. Danielcik, in „Der Deutsche", Nr. 7, vom 10. Jan. 1934.

[286]) Vgl. Stritzke, a. a. O., S. 598; Hueck, a. a. O., S. 1023; RAG in Bensh. Samml., Bd. 11, 237; 6, 176; 2, 211; 4, 323; 8, 328.

[287]) Vgl. hierüber (Kaskel-)Dersch, S. 226.

[288]) Vgl. bei Hueck, a. a. O., S. 1024.

V. Der Einfluß des ehrengerichtlichen Spruches.

Zu den geschilderten Entlassungsmöglichkeiten, die grundsätzlich bereits im bisherigen Recht gegeben waren, ist auf Grund der Bestimmungen des AOG eine weitere Beendigungsart des Arbeitsvertrages hinzugetreten. Das AOG hat als besonderen Gedanken der neuen Sozialordnung den der sozialen Ehre der Arbeitsmenschen herausgestellt. Es hat zur Wahrung der sozialen Ehre ein Ehrengerichtsverfahren geschaffen, das die Grundlage der sozialen Ehrenordnung ist [289]). Die soziale Ehre verpflichtet jeden einzelnen Arbeitsmenschen, sei es Unternehmer, Führer des Betriebes oder Beschäftigter, zu einem sozial ehrenhaften und anständigen Betragen und Verhalten. Ein Verstoß gegen diese Forderung kann unter Umständen einen Grund zur Entlassung abgeben (§§ 36, 38 AOG). Es ist jedoch zu beachten, daß das AOG die Schwere der Entscheidung, einem Beschäftigten seinen Arbeitsplatz zu entziehen, voll gewürdigt hat, da es verlangt, daß es sich um einen besonders schweren Verstoß handeln muß. Anderenfalls ist auf eine mildere Strafe zu erkennen (s. § 38, Ziff. 1—3) [290]). Ob ein Verstoß gegen die soziale Ehre seitens eines Beschäftigten vorliegt, hat das Ehrengericht zu entscheiden, nicht aber der Unternehmer, indem er etwa von sich aus wegen eines solchen Verstoßes die fristlose Entlassung ausspricht [291]). — Anzuerkennen ist jedoch, daß der Unternehmer, wenn in einer gröblichen Verletzung der Vertragspflichten zugleich ein Verstoß gegen die soziale Ehre zu sehen ist, sowohl fristlos kündigen als auch Anzeige bei dem Treuhänder der Arbeit (gemäß § 43 AOG) erstatten kann. —

Die Entfernung vom Arbeitsplatz, die das Ehrengericht aussprechen kann, braucht nun aber nicht etwa fristlos zu erfolgen. Vielmehr kann das Ehrengericht eine von der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist abweichende Frist — d. h. also überhaupt eine Frist — festsetzen (§ 38, Ziff. 5 AOG). Die Beendigung des Arbeitsvertrages tritt dann auch nicht unmittelbar auf Grund des ehrengerichtlichen Spruches ein, so z. B. mit Rechtskraft des Urteils zu dem festgesetzten Termin, sondern der zur Mitwirkung verpflichtete Unternehmer hat auf Grund des ehrengerichtlichen Spruches dem betr. Beschäftigten zu dem im Urteil festgesetzten Termin zu kündigen. D. h. der Unternehmer muß in Vollzug des Urteils den Beschäftigten aus dem Arbeitsvertrag entlassen. Das geht insbesondere aus dem § 54 AOG hervor, der bestimmt, daß der Treuhänder der Arbeit die Durchführung des Urteil zu überwachen hat [292]). — Wenn also die Beendigung des Arbeitsvertrages

---

[289]) Mansfeld, in „Deutsches Recht", 1934, S. 459 ff. Falck, Das Verfahren vor den Ehrengerichten des AOG, in „Der Deutsche", 1934, vom 26. April.

[290]) Vgl. Dänzer-Vanotti, in „Deutsches Recht", 1934, S. 76.

[291]) So Stritzke, a. a. O., S. 599.

[292]) So Stritzke, in JW 1934, S. 599.

durch ehrengerichtlichen Spruch auch nur mittelbar auf Grund dieses Spruches eintritt, im übrigen aber auch hier unmittelbar durch eine Kündigung erfolgt, so handelt es sich doch um eine durch das AOG neu eingeführte Beendigungsart des Arbeitsvertrages. —

VI. Nachwirkungen.

Mit der Beendigung des Arbeitsvertrages erlöschen an sich alle gegenseitigen Rechte und Pflichten. Jedoch werden andererseits wiederum verschiedene neue Pflichten gerade an diese Tatsache der Beendigung geknüpft. —

Und zwar entstehen in dieser Beziehung für den Unternehmer die Pflicht zur Zeugniserteilung, weiter die Pflicht zur Erteilung von Urlaub zur Aufsuchung einer neuen Arbeitsstelle und für den Arbeiter unter Umständen die Pflicht zur Unterlassung des Wettbewerbs. —

Das Zeugnis, das der Unternehmer auszustellen verpflichtet ist, — und zwar muß diese Verpflichtung als unabdingbar bezeichnet werden — [293]), soll grundsätzlich nur Angaben über die Art und Dauer der geleisteten Arbeit enthalten. Über den Entlassungsgrund sollen grundsätzlich keine Angaben enthalten sein. Auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeiters ist aber das Zeugnis auch auf die Führung, die Leistungen und auch — evtl. — auf den Entlassungsgrund auszudehnen und eine Pflicht des Unternehmers diesbezüglich anzuerkennen. Aus der Treueverbundenheit, die hier insofern nachwirkt, aber auch aus der Verpflichtung zu sozial ehrenhaftem Verhalten, ist nun zu entnehmen, daß der Unternehmer verpflichtet ist, das Zeugnis in jeder Weise richtig und den Tatsachen entsprechend abzufassen, d. h. weder dem Arbeiter nachteilig, noch zu seinem Vorteil. Das hat sowohl für die reinen Tatsachenangaben zu gelten, als auch für das eventuell abgegebene Urteil. —

Nach dem früheren Recht bestand für den Unternehmer eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht. Er hatte nur das Recht dazu [294]); in diesem Falle mußte er objektiv richtige und wahre Auskunft erteilen. Aus der Verbundenheit von Arbeiter und Unternehmer muß hier heute eine Auskunftspflicht des Unternehmers gegenüber dem Arbeiter anerkannt werden. —

Die Gewährung von Urlaub zur Aufsuchung einer neuen Arbeitsstelle bei einer Kündigung ist bereits im geltenden Recht zwingend vorgeschrieben (§ 629 BGB). Der Lohn ist während dieser Urlaubszeit — denn während der Kündigungsfrist läuft die Lohnzahlung sowieso ja weiter — weiter zu zahlen. —

---

[293]) Vgl. RAG vom 25. Nov. 1933, Nr. 222/33.

[294]) Vgl. LAG Breslau vom 23. Juni 1933, Nr. 15a, S. 74/33, über die Art der Auskunftserteilung. —

Was das Verbot des Wettbewerbs und ebenso das Verbot des Verrates der Betriebsgeheimnisse nach Beendigung des Arbeitsvertrages anbetrifft, so ist auch hier ein Nachwirken der Treupflicht zu bejahen. Auch wenn ein Wettbewerbsverbot nicht ausdrücklich vereinbart worden ist, was das geltende Recht noch verlangt, muß der betreffende Arbeiter als verpflichtet angesehen werden, jede, dem Betriebe schädigende Wettbewerbshandlung insoweit zu unterlassen, als er — allerdings — nicht selbst in seinem Fortkommen dadurch behindert wird [295]). Insbesondere werden sich hier Auswirkungen der Treuepflicht in bezug auf einen Schutz gegen Geheimnisverrat ergeben. Wenn also der Beschäftigte auch berechtigt sein wird, seine selbst erworbenen, speziellen Kenntnisse auch späterhin jederzeit unbehindert verwerten zu können — es handelt sich hier um das durch seine Tätigkeit gewonnene geistige Eigentum des Beschäftigten, so darf er jedoch nicht die besonderen ausdrücklichen Betriebsgeheimnisse, die sich eben gerade aus den besonderen Verhältnissen dieses betreffenden Betriebes ergeben, nach Auflösung des Arbeitsvertrages weiter verwenden [296]).

---

[295]) Vgl. RAG in Bensh. Samml., Bd. 4, 262; 6, 612; in Arb.R.Prax. 1929, S. 46; in JW 1930, S. 441; über sittenwidrige Wettbewerbsklausel: in Bensh. Samml., Bd. 1, 64; JW 1928, S. 289; in Arb.R.Prax., 1928, S. 36.

[296]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, S. 39; Siebert, in „Deutsches Recht", 1934, S. 539.

Literaturverzeichnis.

Andres, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in RABl. 1934, II, S. 37.

Anthes, Der Kündigungsschutz, in Deutsches Recht, 1934, S. 464.

— Das Grundgesetz der Arbeit, in Der Deutsche Unternehmer, 1934, Beibl. 3/5.

Bärwinkel-Leue, Gedanken zum Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Jur. Wochenschrift, 1934, S. 596 f.

Bohnstedt, Grundzüge der neuen Sozialverfassung, in Soz. Praxis, 1934, S. 99.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, 1906, 1928.

Dänzer-Vanotti, Praktische Probleme des Klageverfahrens auf Widerruf der Kündigung, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 74 ff.

Danielcik, Deutscher Sozialismus und Deutsches Arbeitsrecht, in Die nationale Wirtschaft, 1934, S. 160 ff.

— Der Treuegedanken im Arbeitsrecht, in Der Deutsche, Nr. 7, vom 10. Jan. 1934.

Denecke, Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 219 ff.

— Die soziale Ehrengerichtsbarkeit, in Jur. Wochenschrift 1934, S. 1009 ff.

Dennewitz, Beamten- und Angestellten-Erfinderrecht, in Nationalsozialistische Beamtenzeitung, 1934, Nr. 25, S. 1065.

Dersch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.

— Der Arbeitsvertrag im neuen Staat, in „Deutsches Arbeitsrecht", 1933, S. 9 ff.

— Das Beschäftigungsverhältnis im Arbeitsrecht und seine Auswirkungen, in Arbeitsrecht-Praxis 1930, S. 142 ff.

— Das Beschäftigungsverhältnis im sozialen Recht, in Arbeitsrecht-Kartei, Karte Beschäftigungsverhältnis.

— Der Kleinbetrieb in der neuen Arbeitsverfassung, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 176 ff.

— Rechtsnatur der Tarifordnung und Betriebsordnung, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 65 ff.

— Sozialversicherung der Beschäftigungsverhältnisse im Rahmen der Arbeitsbeschaffung, in „Der Sozialversicherungsbeamte", 2. Jg. 1934, Nr. 1, S. 2 ff.

— Werdendes Arbeitsrecht, zugleich ein Tätigkeitsbericht über das Wirken des Arbeitsrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht, in Zeitschr. der Akademie f. D. Recht, 1935, S. 368 ff.

— Die arbeitsrechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes zum abhängigen Arbeitsverhältnis, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 193 ff.

Dietz, Die Stellung des Führers des Betriebes und des Vertrauensrates, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 101 ff.
— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 3. Aufl. 1934.
— Die Betriebsordnung, in Der Deutsche, 1934, Nr. 62, vom 15. März 1934.
Dölle, Vom alten zum neuen Schuldrecht, in Deutsche Jur. Zeitung, 1934, Sp. 1016 ff.
Ebel, Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im deutschen Mittelalter, 1934.
Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I. 13. Bearbeitung, 1931.
Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Bd. 11. Bearb. 1930.
Erdmann, Von der Wandlung zum sozialen Recht, 1932.
Falck, Der Kündigungsschutz nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Der Deutsche 1934, vom 20. März 1934.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 1. Bd. 1895, 3. Bd. 1917.
— Deutsches Genossenschaftsrecht, 1868, 1873, 1881, 1913.
— Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889.
— Die Wurzeln des Dienstvertrages, in Festschrift für Brunner, 1914.
— Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889.
— Schuld und Haftung, 1910.
— Dauernde Schuldverhältnisse, in Jher. Jahrb. Bd. 64, S. 355 ff.
Goerrig, Das neue deutsche Arbeitsrecht, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 321 ff.
v. d. Goltz, Das neue deutsche Arbeitsrecht, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 321 ff.
— Die soziale Ehrengerichtsbarkeit im neuen deutschen Recht der nationalen Arbeit, in Der Deutsche vom 23. März 1934.
Grußendorf, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.
Gusko, Die soziale Ehre und ihr Schutz, in NsSoz. Politik 1934, S. 142 ff.
Gutzschebauch, Arbeit im öffentlichen Dienst, in Deutsches Recht 1934, S. 466.
Harmsen, Lohnzahlungen bei Betriebsstockungen, 1925.
Hedemann, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Deutsche Juristenzeitung 1934, S. 161 ff.
— Lohnzahlungen und Arbeitsverhinderung, 1923.
— Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929.
Hellwig, Betrachtungen zur Regelung des Arbeitszeitschutzes im neuen Deutschland, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 78 ff.
Herschel, Der neue Kündigungsschutz des Arbeitsvertrages, in Soz. Praxis, 1934, S. 362 ff.
Herschel-Bergemann, Neues Arbeitsrecht, 1934.
Herz, Die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes nach den deutschen Rechtsquellen des Mittelalters, 1879.
Hitler, Adolf, Mein Kampf, 1932.
Huber, Betriebsordnung und Tarifordnung, in Jur. Wochenschrift 1934, S. 1017 ff.
Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 3.—5. Aufl. 1931.
Hueck-Nipperdey-Dietz, Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar 1934.
Hueck, Der Kündigungsschutz im neuen Arbeitsrecht, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 1022 ff.

Jakobi, Die Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.

Joerges, Führer und Gefolgschaft im Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 41 ff.

— Arbeitsverhältnis, Betrieb, Unternehmer, Führer nach dem AOG., in Arbr. und Volkstum, 1934, 105 ff.

Kalckbrenner, Betriebsordnung und Tarifordnung, in Deutsches Recht 1934, S. 463 ff.

— Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.

Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, Lehrbuch, 4. Aufl. 1932.

Kausen, Das Treuverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 71 ff.

Köhler, Begrenzung der Lohnzahlungspflicht bei Betriebsstörungen in NZfAR 1922, S. 473 ff.

Kommentar zum BGB von Reichsgerichtsräten, 8. Aufl. 1934.

Krause, Die Arbeitsverfassung im neuen Reich. 1934.

Kreller, Allgemeine Grundlagen des Kündigungsschutzes nach §§ 56 ff. AOG, in Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 170 ff.

Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, 1933.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.

— Die Vertragstreue, in Deutsches Recht, 1934, S. 531 ff.

— Generalklauseln und neues Recht in Jur. Wochenschr. 1933, S. 2858 f.

Lehmann, Wirtschaftskrise und Betriebsrisiko, in NZAR 1932, S. 1 ff.

— Die Grundgedanken des neuen nationalsoz. Arbeitsrechts, in Der Deutsche, 1934, Nr. 32, 33, 34.

Ley, Durchbruch der sozialen Ehre, 1935.

Loersch-Schröder-Perels, Urkunden zur Geschichte des deutschen Privatrechts, 1912.

Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause, Die Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 1934.

Mansfeld, Die Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 33 f.

— Die Durchführung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934- S. 99 ff.

— Ein Wendepunkt in der arbeitsrechtlichen Entwicklung in NSSoz. Politik, 1934, S. 101.

— Von der Ordnung der nationalen Arbeit, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 593 ff.

— Der Führer des Betriebes, in Jur. Wochenschrift 1934, S. 1004.

— Soziale Führung, in NSSoz. Politik, 1934, S. 70.

— Die soziale Ehre, in Deutsches Recht, 1934, S. 21.

— Die soziale Ehrengerichtsbarkeit als Grundlage des neuen Sozialsystems, in Deutsches Recht, 1934, S. 458 ff.

— Die Neuregelung des Kündigungsschutzes, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 329 ff.

Menger, Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1890.

Merk, Rechtserneuerung, in Volk im Werden, 1933, S. 21 ff.

— Die Treue im älteren deutschen Recht, in Deutsches Recht 1934, S. 526 ff.

Meyer, Recht und Volkstum, 1933.

Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages, 1925.

— Die Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts zum Urlaubsrecht in Deutsches Arbeitsrecht 1934, S. 170 ff. und S. 215 ff.

Molitor-Hueck-Riezler, Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925.

Molitor, Die Neuordnung des Kündigungsschutzes, in Arbeitsrecht und Volkstum, 1934, S. 65 ff.

— Die Kündigung, 1935.

Neitzel, Entwicklung und Neugestaltung des Arbeitszeitrechts, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 205 ff.

Nikisch, Die Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, 1926.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.

— Die Ordnung der nationalen Arbeit im neuen Deutschland, 1935.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht, in JW. 1935, S. 1288 ff.

Nipperdey, Die Arbeitsgenossenschaft, in Deutsches Arbeitsrecht, 1933, S. 163 ff.

Oertmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928/9.

— Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, in Arch. ziv. Prax. Bd. 116, 1918.

— Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923.

— Die Verantwortlichkeit für den eigenen Geschäftskreis, in Das Recht 1922, Sp. 5 ff.

Oppermann, Die Ordnung der nationalen Arbeit, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 1006 ff.

— Deutsche Rechtsgedanken in der neuen Arbeitsverfassung, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 932 ff.

Pietzsch, Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, im Arbeitertum, 1934, Folge 26.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 1913 ff.

Pohl, Die Rechtsbedeutung des Betriebes, 1930.

Potthoff, Das Tragen der Gefahr im Arbeitsverhältnis, in Jur. Wochenschrift, 1922, S. 551 ff.

— Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis? in Arbeitsrecht, 1922, S. 267.

— Unternehmer und Betriebsführer, in Wirtsch.- und Sozialrecht 1934, S. 21 ff.

— Das Deutsche Arbeitsrecht, 1935.

Preyer, Die geschichtliche Entwicklung des Arbeitsverhältnisses, 1928.

Richter, Lutz, Grundverhältnisse des Arbeitsrechts 1928.

— Der Kündigungsschutz in der Ordnung der nationalen Arbeit, in NSSoz. Politik, 1934, S. 137 ff.

— Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, in Soz. Praxis, 1934, S. 249 ff.

— Die Treuhänder der Arbeit und die Regelung der Arbeitsbedingungen, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 1013 ff.

— Der Fürsorgegedanke im Arbeitsvertrag, in NSSoz. Politik, 1934, S. 77 ff.

— Nationalsozialistisches und faschistisches Arbeitsrecht, in Deutsches Recht, 1934, S. 452.

Rohlfing, Die Entwicklung der Treupflicht im modernen Arbeitsverhältnis, in Arbr. Spruchsamml. d. Handw. 1934, S. 33 ff.

— Neugestaltung der Einspruchsklage durch Klagen auf Widerruf der Kündigung, in Arbr. Spruchs. 1934, S. 41 und S. 49.

— Das Recht der nationalen Arbeit, 1934.
Sachsenspiegel, hrsg. von Eckhardt, 1933.
Schuhmann, Zum Tag der nationalen Arbeit, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 1003 ff.
Schuhmann-Brucker, Sozialpolitik im neuen Staat, 1934.
Sell, Das Recht der deutschen Arbeit, 1933.
— Der Vertrauensrat, 1934.
— Das Arbeitsrecht und seine Reform, in Deutsches Recht, 1934, S. 450 ff.
Siebert, Der Einzelarbeitsvertrag, in Deutsches Recht, 1934, S. 461 ff.
— Die Treue im Arbeitsrecht, in Deutsches Recht, S. 537 ff.
Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, 1903.
Silberschmidt, Das deutsche Arbeitsrecht, 1925.
Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl. 1927.
— Zur Frage des Betriebsrisikos, 1929.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl.
Stoll, Die Lehre vom Betriebsrisiko und die Neuordnung des Arbeitsrechts, in Deutsches Arbeitsrecht, 1934, S. 199 ff.
Stritzke, Das neue Kündigungsrecht, in Jur. Wochenschr. 1934, S. 597 ff.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht, 1900.
— Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, in Jur. Wochenschr. 1922, S. 548 ff.
Trautmann, Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, in Gruch. Beitr. 59. Jahrg., 1915, S. 434 ff.
Walz, Liberalistisches und nationalsozialistisches Rechtsdenken, in Volk im Werden, 1934, S. 9 ff.
Weigelt, Stellung und Aufbau des Arbeitsrechts im nationalsozialistischen Staat, in Deutsches Recht 1934, S. 126 ff.
— Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis, in Arbeitsr. und Volkstum, 1934, S. 6 ff.
Werner, Die Grundverhältnisse des Arbeitsrechts, in Verwaltungsarchiv, 1935, Bd. 40, S. 316 ff.
Windscheid-Kipp, Pandekten.
Wolzendorff, Vom deutschen Staat und seinem Recht, 1917.

Zeitschriften:
(und Kürzungen dieser)

Arbeitertum, Blätter für Theorie und Praxis der NSBO und der Deutschen Arbeitsfront, hergg. von der Deutschen Arbeitsfront.

Arbeitsrecht, — AR — Zeitschrift für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, hergg. von Potthoff.

Arbeitsrechtskartei, — ArbRKartei — Kartei des Arbeits- und des Sozialrechts, hergg. von Kallee.

Arbeitsrechtspraxis, — ArbRPrax. — Entscheidungssammlung.

Arbeitsrechts-Sammlung, — ArbRSamml. — Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts usw., hergg. von Dersch, Hueck, Mansfeld, Nipperdey, Peppler und Volkmar. (früher: Bensh.S.).

Arbeitsrecht und Schlichtung, — ArbR. u. Schlich. — verantw. Joerges (jetzt: Arbeitsrecht und Volkst.).

Arbeitsrecht und Volkstum — ArbR. u. Volkst. — früher Arbeitsrecht und Schlichtung.

Archiv für Bürgerliches Recht, — Arch. bürg. R. — hrgg. von Kohler, Ring und Oertmann.

Archiv für die Civilistische Praxis, — Arch. Ziv.Prax. — hrgg. von Blume, Heck und Rümelin.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, — Gruch.Beitr. — begr. von Gruchot, hergg. von Predari, Güthe und Schlegelberger.

Bensheimer Sammlung, — Bensh. Samml. — Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts usw. (jetzt: Arbeitsrechts-Sammlung).

Deutsches Arbeitsrecht, — DAR — hgg. von Mansfeld.

Der Arbeitgeber — Arb. Geb. — Zeitschrift.

Der Sozialversicherungsbeamte, — Soz. Vers. Beamte — Monatsschrift, hergg. vom Amt f. Beamte der NSDAP.

Deutsche Juristen Zeitung — DJZ —, hgg. von Schmitt (früher Liebmann).

Der Deutsche, Tageszeitung der Deutschen Arbeitsfront.

Deutsche Justiz, amtliches Organ des Reichs- und Preußischen Justizministers und des Bayr. Justizmin.

Deutsches Recht, — Dt. Recht — Zeitschrift des BNSDJ, hgg. von Reichsminister Dr. Frank.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, — RGE — amtliche Sammlung.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts, — Jhr. Jahrb. — hergg. von Regelsberger und Ehrenberg.

Juristische Wochenschrift, — JW — Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte im BNSDJ.

Juristische Rundschau, — Jur. Rundsch. — Zeitschrift.

Leipziger Zeitschrift — LZ — Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.

N.S.B.Z., Nationalsozialistische Beamten-Zeitung, Organ des Hauptamtes für Beamte der NSDAP.

NS-Sozialpolitik, — NS-Soz. Pol. — hergg. von Peppler.

Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, — NZfA od. NZAR — hrgg. von Dersch, Kaskel, Sitzler, Syrup.

Rechtsprechung in Arbeitssachen, — ArbRspr. — hgg. von Volkmar, Feig, Wagemann, Harmening.

Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht, — Rhein. Zeitschr. — hergg. von Kohler u. a.

Schlichtungswesen, — Schlicht.Wes. — jetzt Arbeitsrecht und Volkstum.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart — Grünh. Zeitschr. — hergg. von Grünhut.

Allgemeine Kürzungen:

a. a. O.	= am angegebenen Orte.
AGG	= Arbeitsgerichtsgesetz.
a. M.	= anderer Meinung.
AOG	= Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.
AOG f. öff. Betr. u. Verw.	= Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Betrieben und Verwaltungen.
AVG	= Angestelltenversicherungsgesetz.
AZVO	= Arbeitszeit-Verordnung vom 21. 12. 1923 in der Fassung vom 14. 5. 1927.
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch.
BO	= Betriebsordnung.
BRG	= Betriebsrätegesetz.
Gew.O.	= Gewerbeordnung.
HGB	= Handelsgesetzbuch.

h. M.	= herrschende Meinung.
LAG	= Landesarbeitsgericht.
LG	= Landgericht.
n. s.	= nationalsozialistisch.
N. S.	= Nationalsozialismus.
OLG	= Oberlandesgericht.
RAG	= Reichsarbeitsgericht.
RG	= Reichsgericht.
RVO	= Reichsversicherungsamt.
RVA	= Reichsversicherungsordnung.
TO	= Tarifordnung.
VO	= Verordnung.
ZPO	= Zivilprozeßordnung.

Lebenslauf.

Ich bin am 7. Juli 1910 in Lübeck als Sohn des Obertelegraphen-Sekretärs Richard Wagner und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Stier, geboren. Ich bin deutsch-arischer Abstammung. Von Ostern 1917 bis zur Ablegung der Reifeprüfung Ostern 1929 besuchte ich das Reform-Realgymnasium Johanneum in Lübeck. Von Ostern 1929 bis Ostern 1931 studierte ich an der Universität Marburg a. d. Lahn, von da an an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 5. Januar 1934 am Kammergericht zu Berlin mit dem Prädikat voll befriedigend. Am 3. April 1934 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt. Vom 6. Mai 1934 bis zum 1. August befand ich mich im Vorbereitungsdienst bei den Amtsgerichten in Berlin-Lichterfelde und Zehdenick sowie dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft Berlin. Am 1. August 1935 wurde ich zum Regierungsreferendar bei der Regierung in Schleswig ernannt. Das mündliche Examen zum Doctor iuris utriusque habe ich vor der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Berlin am 29. Mai 1935 mit dem Prädikat cum laude abgelegt. Nach erfolgter Thesenverteidigung bin ich darauf von dem Herrn Dekan der Fakultät öffentlich zum Dr. iur. ernannt worden. —

Herrn Univ.-Professor Dr. Hermann Dersch in Berlin sage ich an dieser Stelle meinen Dank für wertvolle Anregungen und Ratschläge bei der Abfassung der Arbeit. —

Dr. Herbert Wagner.